

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARIELI COLLA

PARTICULARIDADES DOS CONTRATOS DE CONSUMO

CURITIBA
2009

MARIELI COLLA

PARTICULARIDADES DOS CONTRATOS DE CONSUMO

Monografia apresentada ao Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharelado.

Orientadora: Prof^a. Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro.

CURITIBA
2009

Dedico este trabalho aos meus pais, Cladice e Lenocir, incansáveis lutadores, que desde a infância apontaram o caminho do bem, incentivando a formação acadêmica e, principalmente, o desenvolvimento como ser humano.

A Cristiano, pelo amor, companheirismo e compreensão.

A toda família, fortaleza em todos os momentos.

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela vida, alento e proteção.

À toda comunidade docente do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, responsáveis pela formação acadêmica e comprometidos com uma educação crítica e de qualidade.

À professora Márcia Carla Pereira Ribeiro, pela conduta exemplar e de dedicação no magistério, mas, sobretudo, pela orientação e incentivo nesta pesquisa.

Ao professor Rodrigo Xavier Leonardo, pelas valiosas lições no curso e, principalmente, pela introdução no mundo dos contratos.

À Lígia Regina Klein, pela amizade, carinho e acolhida.

RESUMO

O presente trabalho objetivou identificar as particularidades, nos contratos de consumo, integrantes do micro-sistema consumerista. Preliminarmente, buscou-se apresentar os pólos da relação jurídica de consumo, minudenciando o conceito de consumidor e fornecedor, inclusive, os entes equiparados ao primeiro. Abordou-se o desenvolvimento dos elementos estruturais do contrato, clássicos e contemporâneos. Tratou-se, ainda, a contextualização do movimento do consumidor e as inovações trazidas pela legislação de Defesa do Consumidor, as quais trouxeram instrumentos e influências que serviram para a reformulação de alguns princípios básicos do direito contratual, tais como princípio da boa-fé objetiva, da confiança, da transparência, dever de informar. Por fim, tratou-se da questão da equidade contratual e da necessidade de equilíbrio mínimo das relações contratuais, com o intuito de alcançar a justiça distributiva, garantindo a proteção da parte vulnerável - que é o consumidor – por meio da interpretação pró-consumidor e da declaração de invalidade das cláusulas abusivas.

Palavras-chave: contratos de consumo; consumidor e vulnerabilidade; princípios clássicos e contemporâneos; função social do contrato; interpretação pró-consumidor; cláusulas abusivas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
I. RELAÇÃO DE CONSUMO	9
1.1. Conceito de consumidor.....	9
1.2.1. Agentes equiparados a consumidores	14
1.3. Conceito de fornecedor	16
1.4. Relação de consumo.....	18
II. NOVA RACIONALIDADE JURÍDICA: DOS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	21
2.1. Princípios clássicos do contrato e a nova teoria contratual	21
2.2. Função social dos contratos.....	27
III. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA RELAÇÃO DE CONSUMO NA FORMAÇÃO E EXECUÇÃO DOS CONTRATOS	31
3.1. Princípio da boa-fé objetiva	32
3.2. Princípio da confiança	34
3.3. Princípio da transparência.....	37
3.3.1. Noção de oferta do art. 30 do CDC	39
3.3.2. Dever de informar.....	42
IV. EQUIDADE CONTRATUAL	46
4.1. Interpretação pró-consumidor	46
4.2. Cláusulas abusivas	50
4.2.1. Invalidade das cláusulas abusivas	54
4.3. Equilíbrio mínimo das relações contratuais	55
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

INTRODUÇÃO

As grandes transformações são inerentes à natureza humana. Evidentemente, um novo tempo é marcado por descobertas tecnológicas, científicas e culturais. Nas palavras de FARIAS, “novos tempos, mais do que logicamente, exigem uma nova concepção jusfilosófica sobre a ciência do direito. Um direito poroso, aberto, sensível aos avanços que a tecnologia e a capacidade intelectual do homem impuserem e eficaz para regular novos conflitos que se descortinam”¹. Em síntese, o direito precisa estar intimamente ligado ao movimento de mudanças da sociedade que lhe incumbe regular.

Cumprido ao direito contemporâneo, susceptível às influências da nova sociedade, com necessidades universais, eliminar as fronteiras arquitetadas pelo sistema jurídico clássico e proteger as novas relações jurídicas, extrapolando os limites da mera fundamentação. “A grande questão que toca ao jurista do novo tempo é a proteção a ser conferida aos cidadãos perante essas novas relações jurídicas. É de se buscar a maneira mais segura para garantir os direitos fundamentais nesse novo quadro de relações sociais, econômicas e jurídicas, impedindo sua violação”².

O presente estudo abarca as relações de consumo e os contratos submetidos às regras de defesa do consumidor, cuja atualidade merece destaque no cenário jurídico.

Denominam-se contratos de consumo todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços. O desequilíbrio entre os contratantes na relação de consumo é evidente. Este desequilíbrio produz reflexos no conteúdo do contrato, daí a necessidade de regular estas relações contratuais, harmonizando as forças do contrato por meio de uma regulamentação especial.

O Código de defesa do consumidor é uma forma de “colmatar a lacuna existente no sistema legislativo, que havia sido concebido ao tempo do Estado

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Proteção do consumidor na era da globalização*. p. 81.

² FARIAS, C. C. *Idem*, p. 83.

Liberal, à nova realidade econômica-social da era em que vivemos, e sobretudo para adequá-lo à contratação padronizada, desconhecida noutros tempos”³.

Em linhas gerais, o direito do consumidor preocupa-se com a forma de regulação do preço, qualidade e condições dos produtos e serviços prestados ao consumidor. Porém, dentro de uma perspectiva mais abrangente, MACEDO JR.⁴ compreende o direito do consumidor como uma área do saber jurídico acerca da disciplina da ordem econômica e não apenas uma técnica para a introdução de boas maneiras no mercado.

Para compreender o movimento que leva à formação do direito do consumidor contemporâneo é necessário que se entenda o caráter político e social subjacente, conforme explicita MACEDO JR.. Disso decorre o entendimento da racionalidade jurídica na criação legislativa, interpretação, aplicação e efetivação do Direito do Consumidor.⁵

A generalização do uso dos contratos padrão implicou o aumento da vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais de consumo. Os movimentos em defesa do consumidor representaram uma forma de contrabalançar o poder entre produtores e consumidores. A princípio, o movimento consumerista foi identificado como defensor dos interesses eminentemente privados, embora organizados coletivamente.⁶

O movimento do consumidor apresenta peculiaridades, porque os interesses são difusos e esparsos, tendo uma natureza diversa da maioria dos demais movimentos sociais. Assim, o direito do consumidor não foi uma conquista em defesa do consumidor da mesma forma que a legislação trabalhista foi o produto do movimento sindical. Em verdade, é uma resposta às demandas da classe média em relação a certas práticas contratuais de consumo. Os interesses dos consumidores estão dispersos em relação à aquisição de uma variedade de produtos ou serviços. À medida que um consumidor passa a ser um fornecedor num outro momento da interação social, torna ainda mais difícil a sua organização política. Por fim, a falta de

³ NORONHA, Fernando. *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 74.

⁴ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. p. 259-261.

⁵ MACEDO JR., R. P. *Idem*. p. 271.

⁶ MACEDO JR., R. P. *Idem*, p. 272.

homogeneidade entre os tipos de consumidores e seus interesses torna ainda mais difícil a sua organização.⁷

O desenvolvimento do direito do consumidor está associado diretamente ao surgimento dos mercados de massa, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, período em que houve uma expansão no consumo de bens duráveis nunca antes vista. Neste período, desenvolveu-se a “sociedade de consumo” nos padrões estabelecidos pioneiramente nos Estados Unidos. É neste ambiente de consumo de massa que o direito do consumidor ganha autonomia dentro da ciência jurídica.⁸

Contudo, é importante frisar que o sucesso do movimento consumerista nas economias capitalistas durante os anos 60-80 e no Brasil, especialmente a partir dos anos 80, que culminaram com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com o Código de Defesa do Consumidor em 1990, demonstra que as dificuldades anteriormente elencadas foram, em parte, superadas.

De um modo geral, ainda que se reconheça diferenças ideológicas entre os grupos de defesa do consumidor e as legislações protetivas do consumidor, a “versão dominante da legislação de proteção do consumidor acabou por ser aquela resultante de um certo compromisso ‘possível’ entre interesses politicamente representados preocupados primordialmente com o estabelecimento de regras para o melhor funcionamento do mercado”⁹.

A visão do direito do consumidor como instrumento de defesa exclusiva dos seus interesses econômicos, que, em última análise, é o interesse em pagar menos por um produto de melhor qualidade, marcará a história do direito do consumidor e fará nascer uma das versões mais populares e influentes, denominada por MACEDO JR. como “consumerismo”¹⁰. O autor explica que o termo designa a preocupação em defender os interesses econômicos exclusivos do consumidor, isto é, custo e benefício economicamente mensurável.

A questão da defesa do consumidor passou a associar-se paulatinamente com interesses e valores não exclusivamente econômicos do consumidor, tais como a saúde e meio ambiente. Além disso, a socialização dos riscos se tornou muito comum na ciência jurídica, expandindo-se igualmente no direito do consumidor, na

⁷ MACEDO JR., R. P. *Op. cit.*, p. 272-273.

⁸ MACEDO JR., R. P. *Idem*, p. 261.

⁹ MACEDO JR., R. P. *Idem*, p. 278.

¹⁰ MACEDO JR., R. P. *Idem*, p. 262.

forma de responsabilidade de fato pelo produto, o uso de normas técnicas de controle de segurança e os riscos de acidentes.¹¹

Nas últimas décadas, presenciou-se um aumento significativo do setor de serviços para consumo na sociedade. Assim, conforme alerta MACEDO JR., é necessário distinguir entre tipos de relações contratuais de consumo, algumas descontínuas e outras relacionais, cada uma delas referindo-se a contextos de formação e de funcionamento diversos. O tratamento padronizado do consumidor não permite identificar as mudanças que ocorrem no mercado contemporâneo, principalmente a partir da década de 70, o que impede a visualização de mecanismos específicos para a proteção dos diferentes tipos de consumidor. “O reconhecimento destas diversidades é procedimento imprescindível para a escolha correta do mecanismo de proteção jurídica adequado aos consumidores e relações contratuais”¹².

O Código de Defesa do Consumidor estabelece normas de proteção contratual às relações de consumo. Para identificar quais são os contratos submetidos às normas do Código é necessário ter uma visão clara do campo de aplicação desta lei, tanto *ratione personae*, definindo-se quem são os consumidores e fornecedores de bens e serviços, quanto *ratione materiae*, pela exclusão dos contratos especiais.

O trabalho que aqui se apresenta debruça-se sobre essa temática e estrutura-se de modo que, primeiramente, investiga-se o pólo subjetivo da relação de consumo. Em seguida, analisa-se a trajetória evolutiva dos princípios do contrato – desde o Liberalismo até os dias atuais –, apresentando o Código de Defesa do Consumidor como consequência direta desta renovação no pensamento jurídico.

Na elaboração desta monografia, utilizou-se do método de análise doutrinária, legal e jurisprudencial, tendo como fios condutores a obra de relevo de Cláudia Lima Marques e a lei 8078/90.

Aos dois últimos capítulos, reserva-se a elucidação de algumas particularidades das interações consumeristas, seja por meio da aplicação dos novos princípios da teoria contratual, seja através da interpretação mais benéfica ao consumidor, com o intuito de alcançar o equilíbrio mínimo.

¹¹ MACEDO JR., R. P. *Op. cit.*, p. 263-264.

¹² MACEDO JR., R. P. *Idem*, p. 268-269.

I. RELAÇÃO DE CONSUMO

1.1. Conceito de consumidor

O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90 - afirma expressamente que consumidor é *“toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”*. Na definição legal, a característica distintiva do agente é a aquisição do bem como destinatário final. Ser destinatário final é retirar o bem de mercado na condição de fato objetivo.

Porém, a definição do Código de Defesa do Consumidor¹³ apresenta lacunas, exemplificativamente nas situações em que o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão, com fim de lucro. Para isso, é necessário interpretar a expressão “destinatário final”.

Por destinação final do bem compreende-se a retirada do produto do mercado através da sua destruição, vale dizer, a retirada do ciclo econômico. O destinatário final adquire, em princípio, o bem para si, e não com o intuito de aliená-lo, esclarece EFING. Se, porém, mudar de idéia, adquirindo e alienando, exemplificativamente no caso de uma doação, o donatário, e não o adquirente inicial, é que se inclui no rol dos destinatários finais. Já para a identificação deste, em se tratando de adquirente de serviços, é quem o usufrua. Se o serviço é repassado para outrem, este é o destinatário final, no momento em que o utilizar.¹⁴

Em sua obra, CLÁUDIA LIMA MARQUES¹⁵ apresenta correntes doutrinárias que procuram elucidar a questão.

Para os **finalistas**, o consumidor é a base de sustentação da tutela especial por ser a parte vulnerável (art. 4º, I, CDC)¹⁶. “É necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído

¹³ Doravante o Código de Defesa do Consumidor poderá ser designado pela abreviatura CDC.

¹⁴ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das relações de consumo*. p. 52.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed., 2005.

¹⁶ Art. 4º, I, CDC: reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

no preço final do profissional que o adquiriu”¹⁷. Restringe a figura do consumidor àquele que adquire ou utiliza um produto para uso próprio e de sua família. Assim, consumidor seria o não-profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Porém, a posição inicial foi amenizada pela possibilidade do Judiciário reconhecer a vulnerabilidade de um profissional.

A corrente **maximalista** apresenta uma visão mais abrangente por considerar as normas do CDC como um novo regulamento do mercado de consumo da sociedade brasileira. Sendo assim, o art. 2º deve ser interpretado o mais extensamente possível para abarcar um número cada vez maior de relações de mercado. Destinatário final seria o “destinatário fático”¹⁸ do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, seja para consumo próprio ou para empregar na cadeia produtiva.

Voltando as atenções ao CDC, percebe-se que o legislador utilizou uma técnica multiplicadora do campo de aplicação para definir consumidor numa relação contratual no mercado brasileiro. Assim, tem-se os consumidores *stricto sensu* (art. 2º, caput) e as pessoas equiparadas a consumidor (parágrafo único, art. 2º)¹⁹. No campo extracontratual, segundo dispõe o art. 17²⁰, o CDC considera suas normas aplicáveis a “todas as vítimas do evento danoso” causado por um produto ou serviço. Com isso, as vítimas não necessitam ser consumidoras *stricto sensu*, pois a codificação as equipara.

Em matéria contratual, o CDC representa a evolução do pensamento jurídico para uma teoria contratual em termos de sua função social. O problema que levou a uma tutela específica foi o desequilíbrio de forças dos contratantes. “Este desequilíbrio de forças entre os contratantes é a justificação para um tratamento desequilibrado e desigual dos co-contratantes, protegendo o direito aquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente”²¹.

¹⁷ MARQUES. C. L. *Op. cit.*, p. 303-304.

¹⁸ Expressão de Cláudia Lima Marques. *Op. cit.* p. 305.

¹⁹ Art. 2º, parágrafo único, CDC: equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

²⁰ Art. 17, CDC: para os efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

²¹ MARQUES. C. L. *Op. cit.*, p. 318.

O novo direito dos contratos procura evitar o desequilíbrio por meio da equidade contratual. Aqui, pode-se voltar à indagação inicial quanto aos contratos firmados entre profissionais, em que o produto ou serviço é adquirido por comerciantes e reinserido na cadeia produtiva. Destarte, segundo MARQUES:

(...) se o profissional é um pequeno comerciante, dono de bar, mercearia, que não pode impor suas condições contratuais ao fornecedor de bebidas, ou que não compreende perfeitamente bem as remissões feitas a outras leis no texto do contrato, ou que, mesmo sendo um advogado, assina o contrato abusivo do único fornecedor legal de computadores, pois confia em que nada ocorrerá de errado. Nestes três casos, pode haver uma exceção à regra geral, o profissional pode também ser 'vulnerável', ser 'mais fraco' para se proteger do desequilíbrio contratual imposto.²²

Desponta a noção de vulnerabilidade, que se refere a um estado de pessoa ou grupo que reduz a capacidade de autodeterminação, enfraquecendo o sujeito de direito e desequilibrando a relação. Esclarece FILOMENO que o consumidor não dispõe de controle sobre os bens de produção e, por isso, deve se submeter ao poder dos titulares destes. O consumidor é a parte mais vulnerável, tendo em vista que os detentores dos meios de produção monopolizam o controle do mercado, decidindo sobre o que, como e para quem produzir e qual a margem de lucratividade. Daí por que se parte do princípio da fraqueza manifesta do consumidor no mercado para conferir-lhe certos instrumentos para melhor defender-se.²³

Nesse sentido, TOMASETTI JR. aduz que a lei se refere ao princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, inciso I) para reduzir o desequilíbrio de poder que se verifica entre os parceiros econômicos que são os fornecedores e os consumidores:

Procura-se diminuir as debilidades e as lacunas do sistema de mercado, debilidades e lacunas estas que são as fontes do desequilíbrio fundamental que caracteriza as relações de consumo em estado puro, num mercado inegavelmente distante do modelo da concorrência perfeita.²⁴

²² MARQUES. C. L. *Op. Cit.*, p. 319.

²³ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 60-61.

²⁴ TOMASETTI JR., Alcides. *A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC*. p. 30-31.

Os consumidores não pertencem a um grupo homogêneo. Contudo, como salienta RONALDO PORTO MACEDO JR., para tratá-los como uma categoria única foi desenvolvido o conceito de vulnerabilidade. A pobreza e a posição do pobre no mercado têm sido reconhecidas como uma das fontes mais importantes e gerais de vulnerabilidade. Além da preocupação com o consumidor pobre, outros enfoques têm merecido atenção, como a dimensão da raça e gênero. “Tais distinções são de importância jurídica e política tanto no plano prático quanto no teórico, à medida que a dissolução do consumidor numa categoria ou conceito único não permite visualizar o conflito de interesses existentes entre os diversos tipos de consumidores”²⁵.

Para MARQUES, a vulnerabilidade não é o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, mas consiste na justificação das regras e da atuação do legislador. Nesse sentido, afirma existir quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional.²⁶

Na vulnerabilidade técnica, o comprador não dispõe dos conhecimentos técnicos específicos sobre o objeto ou o serviço que adquire. Logo, facilmente pode ser enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade. A vulnerabilidade técnica é presumida para o consumidor não-profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional, destinatário final fático do bem. Porém, trata-se de exceção e não da regra. “Esta vulnerabilidade está ligada à expertise, logo, à profissionalidade ou não do agente, sobre aquele produto ou serviço”²⁷.

A vulnerabilidade jurídica ou científica diz respeito à ausência de conhecimentos jurídicos e/ou matérias afins. Igualmente ao item anterior, é presumida para o consumidor não-profissional e para o consumidor pessoa física. O fornecedor deve presumir que consumidor *stricto sensu* é um leigo e, assim, cumprir seus deveres de boa-fé visando-o fazer alcançar a informação ao contratante leigo. De outro lado, vale a presunção em contrário para os profissionais e pessoas jurídicas, tendo em vista o fato de que devem acumular conhecimentos jurídicos e econômicos mínimos para exercer as respectivas profissões.²⁸

²⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. p. 270.

²⁶ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 320.

²⁷ MARQUES, C. L. *Idem*, p. 320-322.

²⁸ MARQUES, C. L. *Idem*, p. 322-324.

Já na vulnerabilidade fática ou socioeconômica, o fornecedor impõe sua superioridade a todos que com ele contratam, seja por sua posição de monopólio, seja em razão da essencialidade do serviço. Assim, os consumidores desfavorecidos podem ser chamados de hipossuficientes, criando uma graduação econômica da vulnerabilidade em direito material. As conseqüências dessa variável são visíveis, tanto que não se deixa de indagar acerca do uso do bem ou do serviço, mas à vista da hipossuficiência concreta, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor.²⁹

Embora MARQUES acredite que a informação seja inerente à vulnerabilidade técnica, percebe que há uma nova vulnerabilidade, em face do mundo livre, veloz e global. Não obstante a informação seja abundante, ela é manipulada e controlada. O desequilíbrio da relação de consumo reside justamente no déficit informativo dos consumidores. “E se, na sociedade atual, é na informação que está o poder, a falta dessa representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for essa informação detida pelo outro. (...) Presumir a vulnerabilidade informacional (art. 4º, I, CDC) significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade”³⁰.

Esta vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor. Assim, “a informação/omissão leva à imputação de responsabilidades”³¹. Veja-se o caso dos alimentos geneticamente modificados, que trazem conseqüências ainda não conhecidas para a saúde humana. Informar é a única maneira de compensar esta vulnerabilidade, oferecendo ao consumidor o direito de escolha (art. 6º, II, CDC)³². Em última análise, protege-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), o direito à vida e à liberdade (art. 5º, caput, CF) e a proteção dos interesses do consumidor (art. 5º, XXXII, CF)³³.

Logo, os argumentos apresentados conduzem à manutenção da distinção entre comércio e consumo, já que se todos forem considerados “consumidores”, o direito especial de proteção passaria a ser um direito comum. A definição do art. 2º é

²⁹ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 325-328.

³⁰ MARQUES, C. L. *Idem*, p. 330.

³¹ MARQUES, C. L. *Idem*, p. 331.

³² Art. 6º, II, CDC: é direito básico do consumidor: a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

³³ Art. 5º, XXXII, CF: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

o princípio basilar do CDC e apresenta sua *ratio legis*, com possibilidade de expansão do tratamento analógico aos consumidores equiparados, desde que comprovada a vulnerabilidade *in concreto*.³⁴

Assim, MARQUES concorda com a interpretação finalista das normas do CDC, o que parece adequado, pois só uma interpretação teleológica da norma do art. 2º permitirá definir quem são os consumidores no sistema do CDC. “Trata-se de um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencher as qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico do produto ou serviço”³⁵.

De outro vértice, EFING está filiado à corrente maximalista. Acredita que o CDC veio para introduzir nova linha de conduta entre os partícipes da relação jurídica de consumo. Assim, “não importa ter vislumbrada a relação de hipossuficiência do consumidor, como querem alguns autores, mas sim, uma completa moralização das relações de consumo da sociedade brasileira”³⁶.

Desde a entrada em vigor do novo Código Civil Brasileiro³⁷, cresceu uma tendência na jurisprudência de um certo abrandamento na interpretação finalista, o que se denominou de **finalismo aprofundado**, no qual, empresas que utilizavam insumos não em sua área de expertise, ou com utilização mista, provada a vulnerabilidade, tem reconhecida a destinação final de consumo prevalente.³⁸

1.2.1. Agentes equiparados a consumidores

A observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado, levou à extensão do campo de aplicação do CDC. O critério utilizado para diferenciar o simples “terceiro” de um “consumidor equiparado” é a

³⁴ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 337.

³⁵ MARQUES, C. L. *Idem*, p. 338.

³⁶ EFING, A. C. *Op. cit.*, p. 56.

³⁷ Doravante o novo Código Civil Brasileiro poderá ser designado pela sigla CCB.

³⁸ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 347-348.

vulnerabilidade, principalmente a fática, que demonstra a posição monopolista de um parceiro contratual.³⁹

Assim, até mesmo um profissional pode ser equiparado a consumidor, embora a definição inicial o exclua, porque, em geral, os contratos firmados entre empresários estão sujeitos à disciplina cível. Corrobora COELHO alertando que em alguns casos se aplica o CDC, quando um dos empresários contratantes é consumidor (destinatário final) ou quando o empresário está em situação de vulnerabilidade.⁴⁰

O legislador brasileiro instituiu três normas de extensão, conceituando os agentes considerados equiparados a consumidores (parágrafo único do art. 2º, art. 17 e 29). O parágrafo único do art. 2º é a regra geral, segundo a qual: *“equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”*

Exemplificativamente, MARQUES fala da criança, filha da adquirente do produto, que ingere produto defeituoso e vem a adoecer por fato do produto. Aplica-se o artigo acima elencado e ela beneficia-se de todas as normas protetivas do CDC.⁴¹

A proteção do terceiro foi complementada com o art. 17 do CDC, que se aplica à seção de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (arts. 12 a 16), que embora não tenha participado diretamente da relação de consumo, vem sofrer com as conseqüências do evento danoso. Assim está disposto: *“para efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”*.

Por fim, tem-se a norma extensiva mais importante, tendo em vista abranger as práticas comerciais e a proteção contratual. Tal regra “evidencia-se como verdadeiro canal de oxigenação”⁴². A citar, art. 29: *“para o fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às praticas nele previstas”*.

Parece-nos certa a tendência, em se tratando de contratos unilateralmente redigidos, contratos de adesão, de expandir o campo de aplicação do CDC, mesmo após a entrada em vigor do CC/02 e suas cláusulas gerais. Esperamos, portanto, que a jurisprudência mantenha a linha atual de

³⁹ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 354-355.

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. p. 181.

⁴¹ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 356.

⁴² MARQUES, C. L. *Idem*, p. 365.

finalismo aprofundado (exigindo a prova de vulnerabilidade de destinação final) ou de razoabilidade no controle dos contratos de adesão, privilegiando realmente aqueles consumidores-equiparados que se encontram em fática situação de vulnerabilidade e assegurando para os consumidores *stricto sensu* eficaz equilíbrio e boa-fé nas suas relações contratuais.⁴³

1.3. Conceito de fornecedor

Fornecedor é derivado da palavra francesa *fournir* que significa fornecer, prover. Consiste no outro pólo da relação contratual de consumo e o Código de Defesa do Consumidor define fornecedor em seu art. 3º, como:

*toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*⁴⁴

A lei optou por conferir máxima abrangência ao conceito. Assim, o CDC, ao invés de utilizar-se de termos como “industrial”, “comerciante”, “banqueiro”, “segurador”, “importador”, ou até mesmo “empresário”, preferiu o termo “fornecedor”. Quanto às atividades desempenhadas pelos fornecedores, são utilizados os termos “produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços”. Em síntese, a condição de fornecedor está intimamente ligada à atividade de cada um e desde que disponibilizem o resultado desta efetivamente no mercado.⁴⁵

Contudo, EFING assevera que “a lei somente contemplou no conceito de fornecedor aqueles que participam do fornecimento de produtos ou serviços no mercado com caráter de profissionalidade (exercício habitual do comércio).” O profissionalismo, ainda que exercido de forma irregular, sujeita-se às normas de consumo, exemplificando, os vendedores ambulantes que praticam, em sua maioria, atividade ilegal.⁴⁶

Ainda que o diploma consumerista não tenha feito expressa menção à habitualidade, esta característica mostra-se extremamente relevante à conceituação

⁴³ MARQUES, C. L. *Op. Cit.*, p. 363.

⁴⁴ Art. 3º, CDC.

⁴⁵ FILOMENO, J. G. B. *Op. cit.*, p. 44.

⁴⁶ EFING, A. C. *Op. cit.*, p. 67-68.

do fornecedor. Assim, habitualidade é a sucessividade ou a constância no exercício de um ato ou na prática de atos que tornam a pessoa profissionalmente hábil na sua execução. O profissionalismo pressupõe o estado ou a condição do profissional em certa arte, que a exerce como profissional, permanentemente, mediante ajuste de preço. Porém, não é obrigatória a presença concomitante de ambos os institutos. Podemos encontrar só um ou apenas o outro, o que não descaracteriza o conceito.⁴⁷

A impressão que se tem é o que o legislador foi omissos quando da conceituação de fornecedor no art. 3º do CDC, por não mencionar expressamente qualquer dos institutos. Porém, quando se fala em “desenvolver atividade”, está se falando em realização permanente, e consequentemente em habitualidade. Portanto, o conceito de fornecedor refere-se aos fornecedores que exercem profissionalmente ou com habitualidade as atividades de produção, montagem e demais atividades descritas no *caput* do referido artigo.

Vale destacar que o CDC assim definiu serviço (art. 3º, §2º, CDC) como: *“qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”*.

MARQUES faz algumas considerações sobre o único elemento caracterizador deste parágrafo que é a remuneração e não a profissionalidade de quem o presta. A remuneração é nota essencial à caracterização do fornecedor, que dá o tom do exercício profissional. Ela acredita que “a opção pelo termo ‘remunerado’ significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade ou quando ele paga indiretamente o benefício que está recebendo”⁴⁸. Caso típico é a isenção de transporte coletivo para os idosos, no qual embora não paguem pelo serviço, a coletividade arca com o benefício, como um ônus social.

Remuneração significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor. O serviço de consumo deve ser remunerado, mas não se exige que o consumidor o

⁴⁷ EFING, A. C. *Op. Cit.*, p. 69-70.

⁴⁸ MARQUES, C. L. *Op. Cit.*, p. 394.

faça diretamente, de maneira onerosa⁴⁹, pode haver uma remuneração indireta, que seja gratuita⁵⁰ ao consumidor.

1.4. Relação de consumo

Preliminarmente, conceitua-se relação jurídica como “relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição”⁵¹.

Com relação à estrutura interna, também chamada de conteúdo da relação jurídica, percebe-se a existência de quatro elementos. Os pontos terminais serão as pessoas entre as quais a relação jurídica se estabelece, sendo conhecidas como sujeitos da relação jurídica. Esta relação incide sobre um determinado objeto, que pode ser uma coisa ou uma pessoa. Além disso, deriva de determinada causa, que será sempre um fato ou ocorrência que a lei atribui um determinado efeito, conhecido como fato jurídico. Por fim, estabelece-se uma garantia, sob a forma de sanções, com os quais predispõe a ordem jurídica de meios coercitivos adequados, com o fim de cumprir a realização efetiva do direito.⁵²

As relações que se encontram sob o regime do CDC são as denominadas relações de consumo. NERY JÚNIOR afirma que para a identificação de uma relação jurídica de consumo, necessário distinguir o elemento teleológico, ou seja, a finalidade, caracterizando-se por serem celebradas para que o consumidor adquira produto ou utilize serviços como destinatário final.⁵³

Segundo COELHO, a grosso modo, o regime cível disciplina as relações contratuais entre contratantes iguais, e o consumerista cuida das relações entre contratantes desiguais. Exemplificando, este seria a relação entre um empresário e um não-empresário e aquele seria entre dois empresários ou dois não-empresários.

⁴⁹ Oneroso é um serviço que onera o patrimônio do consumidor. MARQUES. *Op. cit.*, p. 328.

⁵⁰ Gratuito significa dizer que não há uma remuneração aparente e sim remuneração causal implícita. MARQUES. *Op. cit.*, p. 328.

⁵¹ ANDRADE, Manoel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. p. 2.

⁵² ANDRADE, M. A. D. *Op. cit.*, p. 6.

⁵³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de defesa do consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. p. 495.

Tecnicamente falando, a definição do regime jurídico a aplicar se encontra no conceito legal de relação de consumo. Quando caracterizada esta, o contrato se submete ao Código de Defesa do Consumidor; quando não, ao Código Civil ou à legislação especial.⁵⁴

A relação de consumo, tal como se pode concluir das definições contidas nos arts. 2º e 3º do CDC, configura o objeto da legislação protecionista do consumidor. Se o contrato envolve, de um lado, pessoa que se pode chamar de consumidora e, de outro, alguém que se pode ter por fornecedor, o regime de disciplina do referido ato encontra-se no CDC. Caso não seja possível a identificação de ambos os conceitos (consumidor e fornecedor) nos pólos da relação jurídica, o assunto será estranho à incidência do regime consumerista. Isso em razão do caráter relacional dos conceitos de consumidor e fornecedor: um não existe sem o outro.⁵⁵

Nesse sentido, o autor explica que o caráter relacional dos conceitos de consumidor e fornecedor decorre da interpretação sistemática, com a consideração dos diferentes regimes jurídicos de disciplina das obrigações privadas, já que o legislador não explicitou em uma única norma jurídica os conceitos de consumidor e fornecedor, mas reservou um dispositivo próprio para cada agente. Diferentemente, em Portugal, define-se consumidor e fornecedor associando em um único artigo os elementos característicos dos agentes econômicos.⁵⁶

Indo além da definição de COELHO, pode-se observar que a relação de consumo nasce quando da estrita caracterização dos seus elementos. Assim, os pólos da relação devem ser ocupados por quem se enquadra na definição de consumidor e fornecedor. Ademais, o objeto da relação consumerista será um produto ou serviço, disponíveis no mercado. A garantia será conferida pela proteção especial do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o fato jurídico é o resultado da incidência da norma sobre o suporte fático. Quando os elementos do suporte fático, assim considerado a conduta ou evento do mundo dos fatos, forem relevantes juridicamente, por corresponderem abstratamente à descrição das disposições do CDC, a norma é atraída. “A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu

⁵⁴ COELHO, F. U. *Op. cit.*, p. 178-179.

⁵⁵ COELHO, F. U. *Idem*, p. 179

⁵⁶ COELHO, F. U. *Idem*, p. 180-181.

suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico”⁵⁷.

O mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos e estes, por sua vez, são o resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático quando concretizado no mundo dos fatos. Disso se conclui que a norma jurídica é quem define o fato jurídico e, por força de sua incidência, gera o mundo jurídico, possibilitando o nascimento de relações jurídicas com a produção de toda a sua eficácia, constituída por direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações, exceções e outras categorias eficaciais.⁵⁸

Logo, a relação de consumo nasce quando presentes os elementos que a formam e produzirá efeitos que repercutem no mercado como um todo, definindo, em última análise, os rumos da economia brasileira.

⁵⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. p.74.

⁵⁸ MELLO, M. B. *Idem*, p. 20.

II. NOVA RACIONALIDADE JURÍDICA: DOS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

2.1. Princípios clássicos do contrato e a nova teoria contratual

O Direito dos Contratos repousa em quatro princípios: autonomia da vontade; consensualismo; força obrigatória e boa-fé. Segundo GOMES, os três primeiros são princípios tradicionais. A boa-fé, por sua vez, embora já estivesse presente na doutrina clássica, assumiu contemporaneamente, sentido e funções inteiramente novos. Ao lado dela, podem-se acrescentar outros dois princípios: equilíbrio econômico do contrato e função social.⁵⁹

O direito contratual passou por uma profunda transformação em decorrência de vários fatores. Primeiramente, como consequência da passagem de uma economia agrária para uma economia industrial e capitalista, concentradora de riquezas e de poder, o que acarretou o surgimento de uma sociedade de consumo. Além disso, a relação entre sujeitos e Estado foi redimensionada, com a crescente intervenção dos poderes públicos na direção das forças econômicas.

As transformações do direito contratual contemporâneo e, em particular, em áreas do direito contratual do consumidor, se operam em diversos níveis - que se entrelaçam e se complementam. Eles não podem ser compreendidos à luz da identificação de uma única causa geral, como a massificação das relações contratuais, o advento dos contratos de adesão ou mesmo o aumento do intervencionismo estatal.

O século XVIII foi marcado pela doutrina econômica e social do liberalismo. A teoria econômica então prevalente - traduzida na diretiva do *laissez faire, laissez-passer* - acreditava que o bem estar coletivo poderia ser conseguido da melhor forma, “deixando livre curso às iniciativas, aos interesses, aos egoísmos individuais dos particulares, que o mecanismo do mercado e da concorrência - a mão invisível, de Adam Smith - teria automaticamente coordenado e orientado para a utilização ótima dos recursos, para o máximo incremento da riqueza da Nação”⁶⁰.

⁵⁹ GOMES, Orlando. Contratos. p. 25.

⁶⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. p. 35-36.

No século XIX, auge do liberalismo no Estado Moderno, coube à teoria do direito dar forma conceitual ao individualismo econômico da época, criando a concepção tradicional de contrato, em consonância com os imperativos da liberdade individual e principalmente do dogma máximo da autonomia da vontade.

Em 1804, o Código de Napoleão (art. 1134) proclamava que “contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os celebraram”. “Cada um é absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas, uma vez que se comprometa, fica ligado de modo irrevogável à palavra dada: *pacta sunt servanda*.”⁶¹

O respeito rigoroso pelos compromissos assumidos faz com que as partes não possam se desvincular, a não ser através de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior ou caso fortuito. Ao juiz não cabe modificar e adequar a vontade das partes à equidade manifestada no contrato, mas apenas assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato.⁶²

Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram, portanto, os pilares do sistema - que se completavam reciprocamente – sobre os quais se formava a assertiva, segundo a qual “toda a justiça é contratual e quem diz contratual, diz justo”⁶³.

A vontade, na visão tradicional, legitima o contrato e é fonte das obrigações, sendo a liberdade um pressuposto desta vontade criadora. “O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade”⁶⁴.

A doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. Assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva, abstendo-se de qualquer intervenção. Se para a concepção clássica de contrato a vontade é o elemento essencial e legitimador da relação contratual, por detrás da autonomia da vontade está a idéia de superioridade da vontade sobre a lei.

⁶¹ ROPPO, E. *Op. cit.*, p. 34.

⁶² MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 50.

⁶³ *Toute justice est contractuelle; qui dit contractual, dit juste.*

⁶⁴ GOMES, O. *Op. cit.*, p. 26.

Esta fase contratual é marcada pelo princípio da relatividade, que delimita o âmbito de eficácia do contrato, para o qual, os contratos só produzem efeito relativamente às “partes”, não prejudicando, nem beneficiando “terceiros”, cuja vontade não compareceu à formação do vínculo.⁶⁵

A conhecida expressão “o que foi negociado entre as partes não pode prejudicar nem beneficiar terceiros”⁶⁶ é invocada como pressuposto do princípio, mas não raro, na transposição, esquece-se dos diferentes contextos no qual o direito dos contratos estava imerso comparativamente a hoje. Assim, o princípio da relatividade vinha prevalecendo, na interpretação das doutrinas individualistas, cuja força obrigatória dos contratos advém da autonomia da vontade. Logo, o contrato não prejudicava nem beneficiava terceiros.⁶⁷

Tanto é assim, que a conceituação de parte pode ser deduzida tendo em vista a concepção voluntarista do contrato, logo, “parte” para o contrato é aquele cuja vontade deu origem ao vínculo contratual; do outro lado temos o “terceiro”, aquele cuja vontade é um elemento estranho à formação do contrato.⁶⁸

Mister observar que, nesse sistema fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão intrínseca da igualdade, da justiça substancial das operações econômicas realizadas sob a forma contratual. Esquecia-se que a igualdade jurídica é só a igualdade de possibilidades abstratas, igualdade de posições formais, que na realidade podem corresponder a graves desigualdades substanciais, profundas disparidades das condições concretas de forma econômica entre os contraentes. Assim, a disparidade de condições econômico-sociais existente, para além do esquema formal da igualdade jurídica, determina disparidade do poder contratual.⁶⁹

Os sustentáculos da concepção liberal de mundo foram se esgotando no século XX, incidindo diretamente na teoria dos contratos. A igualdade formal dos contratantes desmoronou diante de episódios históricos marcantes como a crise de 1929 e as duas grandes guerras. A relação entre sujeitos e Estado teve de ser redimensionada, a partir de uma maior intervenção do público em espaços até então

⁶⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. p. 210.

⁶⁶ *Res inter alios acta allis neque nocere neque prodesse potest*.

⁶⁷ NEGREIROS, T. *Op. cit.*, p. 212-213.

⁶⁸ NEGREIROS, T. *Idem*, p. 215.

⁶⁹ ROPPO, E. *Op. cit.*, p. 35-38.

tidos como exclusivo dos particulares, propiciando limitações à autonomia privada⁷⁰. O próprio Estado deixa uma posição de inércia para participar ativamente da realidade econômica, assumindo uma postura de devedor de políticas públicas.⁷¹ É a era do dirigismo contratual.

A liberdade contratual foi severamente limitada com a proliferação dos contratos de massa e a concentração das empresas. Com os monopólios estatais ou privados, a liberdade de escolha do parceiro foi reduzida, ou em última análise, permanece a liberdade de escolha do parceiro, mas não a de redigir o contrato.

O conteúdo de muitos contratos será ditado, regulamentado ou autorizado pelo poder estatal. Os contratos pré-redigidos pelas empresas substituirão o negócio jurídico bilateral antes concluído individualmente, desaparecendo o laborioso processo de negociações e discussões preliminares. Permanece a liberdade de contratar, isto é, a de realizar ou não um determinado contrato, mas a liberdade contratual, liberdade para determinar o conteúdo da relação obrigacional sofreria graves limitações através das novas técnicas de contratação e também, através do intervencionismo legal na vida dos contratos.⁷²

NORONHA corrobora este entendimento afirmando que a teoria jurídica do liberalismo se assentava em alguns dogmas que hoje estão em crise, tais como: princípio moral da autonomia da vontade; princípio da liberdade econômica (*laissez faire, laissez passer*) e a concepção formalista de igualdade e da liberdade política. Para ele, quando o fenômeno da massificação⁷³ chegou ao campo jurídico é que se sentiu a necessidade de rever a concepção tradicional do contrato.⁷⁴

⁷⁰ Cabe salientar quanto à autonomia que, “em um processo de racionalização do direito e de sua redução à norma, paulatinamente, esvaziou-se o significado, eminentemente político, daquela que fora autonomia da vontade, adotando-se, inclusive, o signo de autonomia privada, para a designação de uma expressão do indivíduo que passa a ser dependente do ordenamento jurídico.” Assim, a criação autônoma do Direito fica dependente de norma jurídica permissiva. Para o autor, a autonomia privada passa a ser apenas um dos feixes do princípio maior da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. p. 70-73).

⁷¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. p. 78.

⁷² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., 2002, p.223-224.

⁷³ Especificamente no que diz respeito à **massificação nos contratos**, ela é consequência inexorável do próprio processo capitalista de progressiva concentração industrial e comercial, que não só reduziu o número de empresas existentes no mercado, como também exigiu que elas, por razões de racionalidade econômica, pela necessidade de reduzir custos, pelo imperativo de acelerar o ritmo dos negócios simplificassem as suas transações através da adoção de técnicas contratuais uniformes, com prefixação de cláusulas gerais. (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 71-72).

⁷⁴ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. p. 64 e 69.

A aceitação de uma liberdade contratual limitada vai ter reflexos na teoria do direito. Assim, reforça-se o caráter vinculante da oferta⁷⁵, inclusive todas as informações que possam gerar expectativas, em nome da segurança das relações contratuais e da proteção da confiança. Da mesma forma, limita-se a possibilidade das empresas se recusarem a contratar com determinada pessoa ou em determinada ocasião, em respeito aos direitos constitucionais ou pelo ilícito do abuso do poder econômico.⁷⁶

A limitação da liberdade contratual permite que novas obrigações, estranhas à vontade declarada ou interna dos contratantes, sejam inseridas no contrato em virtude da lei ou da interpretação construtiva dos juízes. Segundo a nova visão do direito, o contrato não pode mais ser considerado somente como um campo livre e exclusivo para a vontade criadora dos indivíduos. Hoje, ganhou importância a função social do contrato, como instrumento para o movimento das riquezas, seguindo um regramento legal rigoroso.

A nova teoria contratual fornecerá embasamento teórico para a edição de normas cogentes que traçarão o novo conceito e os novos limites da autonomia contratual, com o fim de assegurar que o contrato cumpra sua nova função social. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor representa o mais novo e mais amplo grupo de normas cogentes, editado com o fim de disciplinar as relações contratuais entre fornecedor e consumidor, segundo os postulados da nova teoria contratual.

A nova concepção de contrato destaca o papel da lei. É ela que reserva um espaço para a autonomia contratual, para a auto-regulamentação dos interesses privados, legitimando o vínculo contratual e protegendo. “A vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuiram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do contrato”⁷⁷.

O princípio clássico de que o contrato não pode ser modificado ou suprimido senão por meio de uma nova manifestação volitiva sofreu limitações. Aos juízes permite-se um controle do conteúdo do contrato, com a possibilidade de supressão

⁷⁵ Ver *infra*, item 3.3.1.

⁷⁶ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p.224.

⁷⁷ MARQUES, C. L. *Idem*, p.227.

das cláusulas abusivas nas relações de consumo pelo Código de Defesa do Consumidor⁷⁸. Nesse sentido, GOMES aduz que:

O que não mais se admite é o sentido absoluto que possuía. Atribui-se-lhe, hoje, relatividade que a doutrina do individualismo recusava. O intransigente respeito à liberdade individual que gerara intolerância para com a intervenção do Estado cedeu antes novos fatos da realidade social, cessando, em consequência, a repugnância a toda limitação dessa ordem. Passou-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial do conteúdo de certos contratos, admitindo-se exceções ao princípio da intangibilidade.⁷⁹

Ao ditar leis específicas, o intervencionismo estatal pode inserir no quadro das relações contratuais novas obrigações com base no princípio da boa-fé. Da mesma forma, o juiz, ao interpretar o contrato, “terá em vista tanto o mandamento da lei e a vontade manifestada, quanto os efeitos sociais do contrato e os interesses das partes protegidos pelo direito em sua nova concepção social”⁸⁰.

Como alerta NEGREIROS, embora sejam significativas as correntes que consideram o princípio da relatividade baseado na vontade como razão de ser da sua força obrigatória, “o princípio da função social pode alterar este quadro, desafiando as categorias dogmáticas clássicas e enfatizando os contornos sociais do contrato – aqueles que o tornam um fato social diante do qual os terceiros não estão, nem devem estar, indiferentes”⁸¹.

Diante do exposto, percebe-se a relativização do postulado de que os contratos só geram efeitos entre as partes. Com efeito, “a mudança de orientação deve-se a acontecimentos extraordinários, que revelaram a injustiça da aplicação do princípio nos seus termos absolutos”⁸².

O fenômeno dos “terceiros” nas relações de consumo e a consequente relativização do efeito *inter partis* dos contratos de consumo, em face do reconhecimento do status de consumidores para os antigos terceiros, contempla uma eficácia contratual maior no sistema do CDC, vez que nascem direitos para estes terceiros. “Se o terceiro é parte e é definido como consumidor, é sujeito de

⁷⁸ Ver *infra*, item 4.2.

⁷⁹ GOMES, O. *Op. cit.*, p. 39.

⁸⁰ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 228.

⁸¹ NEGREIROS, T. *Op. cit.*, p. 216-217.

⁸² GOMES, O. *Op. cit.*, p. 39.

direitos mesmo em relações contratuais que não participa diretamente, simplesmente por estar 'exposto' ou estar 'intervindo' sem vontade declarada"⁸³.

Deixa à evidência que a lei também pode impor a certas pessoas, cuja vontade não participa da formação do vínculo, a condição de parte. Por isso, há necessidade de se analisar a eficácia do contrato à luz dos novos princípios, como evidencia NEGREIROS:

tem-se hoje um modelo normativo no qual a força obrigatória do contrato repousa, não na vontade, mas na própria lei, submetendo-se a vontade à satisfação de finalidades que não se reduzem exclusivamente ao interesse particular de quem a emite, mas igualmente à satisfação da função social do contrato.⁸⁴

Na consideração dos terceiros em relação ao contrato, destarte, como pontuam RIBEIRO e GALESKI,

somente serão considerados aqueles que sofrem seus efeitos em razão de interações que se desenvolvem na sociedade. Nesta lógica, quanto maior a inter-relação decorrente do contrato, mais perceptível a potencial valoração de interesses de terceiros.⁸⁵

2.2. Função social dos contratos

As codificações liberais e o pensamento jurídico moderno desprestigiaram a perspectiva funcional.⁸⁶ Todos os institutos de direito privado sempre tiveram função no sentido de que eram destinados a uma razão. O que não existia era uma valorização da perspectiva funcional dos institutos de direito privado. No Código de

⁸³ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 231-232.

⁸⁴ NEGREIROS, T. *Op. cit.*, 224.

⁸⁵ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JR., Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. p.39

⁸⁶ Essa desvalorização da perspectiva funcional talvez tenha se tornado mais arraigada no direito brasileiro pela tradição conceitualista. Assim, no contrato de compra e venda haveria, simultaneamente, incidência de regras do: (1) *contrato típico de compra e venda*, estruturado segundo a (2) *teoria geral dos contratos* e dos (3) *negócios jurídicos*, tendo por efeito a constituição, modificação ou extinção de uma (4) *relação jurídica obrigacional*. Era uma abstração que afastava o operador jurídico da realidade fática subjacente: a troca de um bem por um correspondente valor de dinheiro. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil*. 2005, p. 144.)

Napoleão, o contrato é apresentado como um meio para a aquisição da propriedade, o que configura um instituto instrumentalizado à circulação da propriedade.⁸⁷

A função social do contrato insere-se na perspectiva de funcionalização dos institutos de direito privado. Preliminarmente, cristalizou-se o reconhecimento da funcionalidade econômica do contrato, instituto imprescindível ao trânsito de riquezas. Na sequência, lapidou-se o conceito para admitir a funcionalização social do contrato. Esse desenvolvimento foi possível, graças à adoção de uma postura positiva do Estado, no sentido de promover condutas socialmente desejáveis e de controle do mercado no sentido de proteção do sistema de trocas capitalistas.⁸⁸

Assim, o artigo 421 do Código Civil Brasileiro inaugura a disciplina do direito dos contratos enunciando que: “*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. O contrato visa atingir objetivos que, além de individuais, são também sociais.

Funcionalizar, na perspectiva constitucional, significa “oxigenar as bases fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência”⁸⁹. Assim é que:

A referência à função social significa a aproximação do direito com as demais ciências sociais, como a sociologia, a economia, a ciência política, antropologia, em um processo interdisciplinar de resposta às questões que a sociedade contemporânea apresenta ao jurista.⁹⁰

Emprestar ao direito uma função social significa considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos do indivíduo. A justificativa da ação do Estado dá-se pela necessidade de erradicar as injustiças sociais, tendo como foco as situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades de ordem econômica, sem negligenciar os interesses individuais.⁹¹

MARTINS-COSTA considera a função social uma cláusula geral. As cláusulas gerais são como “janelas”, “técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios

⁸⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil*. 2005, p. 143-145.

⁸⁸ LEONARDO, R. X. *Op. cit.*, p. 145-149.

⁸⁹ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. p. 217.

⁹⁰ AMARAL, F. *Direito civil: introdução*. p. 363.

⁹¹ AMARAL, F. *Idem*, p. 364.

valorativos ainda não expressos legislativamente⁹². A formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos.

A autora atribui um duplo significado às cláusulas. Primeiramente, a função social como limitação da liberdade contratual, quando esta se mostrar incompatível com as exigências da socialidade. Neste caso, o juiz poderá promover a nulificação de cláusulas contratuais abusivas.⁹³

A autora prossegue afirmando que a segunda aplicação integra o próprio conceito de contrato. Com isso, entender-se-ia a eventual restrição à liberdade contratual não como exceção a direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito. Assim, haveria um valor operativo, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado na interpretação, integração e concretização das normas contratuais consideradas concretamente. A concreção deve ser construída pelo julgador a cada novo julgamento. Com isso, a doutrina e jurisprudência são convocadas a atuar, complementando, atualizando e desenvolvendo a letra da lei.⁹⁴

Compartilhando da mesma concepção de que a função social é cláusula geral, LEONARDO considera que a abertura normativa das cláusulas gerais não se estabelece apenas para fora do sistema, mas também para dentro dele, com influxo de outros micro-sistemas legais.⁹⁵

Em termos de violação da função social, GOMES entende que há pelo menos três casos que devem levar à ineficácia superveniente do contrato: ofensa a interesses coletivos; lesão à dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato.⁹⁶

A primeira hipótese designa os interesses de determinados grupos sociais, tais como o meio ambiente e a defesa da concorrência.

A lesão à dignidade da pessoa humana foi prevista na I Jornada de Direito Civil:

⁹² MARTINS-COSTA, Judith. *O novo Código civil brasileiro: em busca da ética da situação*. p. 118.

⁹³ MARTINS-COSTA, J. *Idem*, p. 159.

⁹⁴ MARTINS-COSTA, J. *Idem*, p. 160.

⁹⁵ LEONARDO, R. X. *Op. cit.*, p. 150.

⁹⁶ GOMES, O. *Op. cit.*, p. 50.

a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo CCB, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.⁹⁷

Com relação à impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato⁹⁸, se o fim não pode mais ser atingido o contrato perde sua função social, devendo torná-lo juridicamente ineficaz.

Pela lente de alguns precedentes jurisprudenciais, LEONARDO, por sua vez, investiga os caminhos de aplicação dessa cláusula geral. Conclui que as quatro principais orientações são: relativização dos princípios clássicos do direito dos contratos; controle das cláusulas iníquas ou abusivas; controle da conduta das partes contratuais e ponderação entre valores econômicos e a justiça dos contratos.⁹⁹

Das premissas referidas pelo autor, percebe-se que todas as situações são plenamente aplicáveis ao Direito do Consumidor. A relativização dos princípios clássicos do direito dos contratos em favor de outros princípios é manifestação uníssona nos tribunais, vez que não existe mais lugar para as tentativas de justificação única da eficácia contratual pela exteriorização da vontade dos contratantes. Disso não decorre uma supressão absoluta dos princípios, ainda que tenham alcance reduzido.

Com o Código de Defesa do Consumidor, há efetivamente o controle das cláusulas abusivas, com possibilidade de decretação da nulidade. No que se refere ao controle da conduta das partes contratuais, aplica-se, concomitantemente, o princípio da boa-fé objetiva. Por fim, a ponderação entre os valores econômicos e a justiça dos contratos conduz ao equilíbrio mínimo das relações contratuais de consumo.

⁹⁷ Promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002.

⁹⁸ Enunciado da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo referido Centro de Estudos, especificando a frustração do fim do contrato como hipótese de aplicação do princípio da função social: “a frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no direito brasileiro pela aplicação do artigo 421 do CCB.”

⁹⁹ LEONARDO, R. X. *Op. cit.*, p. 152.

III. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA RELAÇÃO DE CONSUMO NA FORMAÇÃO E EXECUÇÃO DOS CONTRATOS

O Código de Defesa do Consumidor tem como fim reequilibrar as relações de consumo, por meio da imposição de novos deveres ao fornecedor e assegurando direitos para o consumidor quando da formação e execução das relações contratuais de consumo.

As relações de consumo são iluminadas pela nova teoria contratual. O novo direito contratual, por sua vez, visa concretizar a função social dos contratos, impondo parâmetros de transparência, boa-fé e confiança, em especial, tutelando os deveres anexos de informação, de cooperação e de lealdade. Assim, a determinação do conteúdo dos contratos não se subsume unicamente à vontade subjetiva das partes, a qual é também objetivada ou materializada pelas imposições dos princípios orientadores.

EROS GRAU denomina de princípios:

as pautas que devem ser observadas não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam tidas como convenientes, mas, sim, porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão da moral.¹⁰⁰

A estrutura do direito contratual tradicional sempre foi marcada por regras e princípios. Embora os princípios relacionados integrem a teoria obrigacional de longa data, o Código de Defesa do Consumidor deu-lhes novo destaque, valorizando sobremaneira sua aplicação.

Desta forma, a nova teoria contratual, em verdade, traduz o redimensionamento dos conceitos e o novo olhar que irradia para todos os campos do Direito Privado, entre eles, a relação entre consumidores e fornecedores. Em suma, a nova teoria contratual capilariza as relações de consumo, embora não seja exclusiva desta.

¹⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 158.

No leque principiológico da nova teoria contratual, alguns princípios se destacam pela dignidade e relevância de que se revestem, como ver-se-á na sequência.

3.1. Princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé é paradigma valorativo do direito contratual. Na atualidade, ressalta a inserção da dimensão ética às normas jurídicas. Assim, passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar a dimensão existencial da pessoa, com a exigência de eticidade nas condutas como um verdadeiro dever jurídico positivo.

A qualificação de “objetiva”, atribuída ao conceito de boa-fé impõe apreendê-la para além da intenção das partes ou do aspecto psicológico. É objetiva porque trata da conduta, do agir exterior, do comportamento das pessoas vinculadas numa obrigação. Espera-se uma conduta leal, íntegra, dotada de probidade. A avaliação desta conduta será feita segundo as circunstâncias concretas do caso.

Na acepção objetiva, MARTINS-COSTA esclarece que a boa-fé caracteriza um “arquétipo ou *standard* jurídico segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade, qualificando, por isso, uma norma de comportamento leal”¹⁰¹. A boa-fé objetiva vem posta como princípio cardeal do moderno Direito das Obrigações, como emanção da confiança que deve presidir o tráfego jurídico.

Nesse sentido, corrobora NALIN ao referir que o recurso da figura do *standard* comportamental aparece nas palavras da doutrina mais autorizada, sendo um modelo abstrato de uma pessoa razoavelmente diligente, o que costuma ser traduzido pela noção de *bonus pater familias*. Bom pai de família se traduz no homem médio da sociedade, aquele cidadão prudente, normal, atento, empenhado e dedicado.¹⁰²

Com base nesse parâmetro de julgamento abstrato, o autor supra afirma que embora a boa-fé seja objetiva, ela tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência

¹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. *O novo Código civil brasileiro: em busca da ética da situação*. p. 133.

¹⁰² NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. p.130-131.

social do juiz, pois enquanto aplicador do Direito tem o desafiador papel de dizer qual seria o desenho objetivo da boa-fé, com base nos seus próprios valores éticos e comportamentais. Evidencia, ainda, que não parece desejável uma definição pronta e acabada de boa-fé objetiva, pois tal deve surgir de sua construção histórica, sob pena de se fechar o sistema, que se propõe aberto.¹⁰³

Não obstante ser apresentada como princípio, é uma cláusula geral do Direito. Cláusula geral é uma técnica legislativa que promove uma abertura normativa para que o juiz possa entrar em contato e avaliar a conduta segundo padrões do ordenamento jurídico e pelas próprias circunstâncias históricas e culturais em que se encontra o caso submetido.

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regularem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é remeter o juiz a critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou mediante variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Em razão destas características, essa técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas notas específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.¹⁰⁴

O Código de Defesa do Consumidor inaugura uma nova era da teoria obrigacional ao dar relevo ao princípio da boa-fé. Este princípio que já vinha sendo reivindicado pelos operadores do Direito e era, portanto, velho conhecido, passa a ter aplicação e vigor. Assim, preceitua o art. 4º, III, do CDC:

Art. 4º, III, CDC: harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, CF), sempre com base na **boa-fé e equilíbrio** nas relações entre consumidores e fornecedores. (grifo nosso).

Uma década mais tarde, o novo Código Civil aproveita o momento de renovação e incorpora o princípio da boa-fé em vários artigos de extrema importância para o direito das obrigações em geral. Assim, a boa-fé vem posta como

¹⁰³ NALIN. P. *Op. cit.*, p. 134.

¹⁰⁴ MARTINS –COSTA, J. *Op. cit.*, p. 119.

princípio fundamental e cláusula geral dos contratos, conforme se depreende do art. 422 do Código Civil Brasileiro: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Ademais, o referido diploma legal¹⁰⁵ explicita que o exercício de um direito reconhecido pelo ordenamento, quando feito contrariamente à boa-fé objetiva será ilícito, leia-se, tal exercício não será reconhecido pelo ordenamento.

Como emanção do princípio da confiança no domínio das obrigações, “os deveres que decorrem da lealdade e da boa-fé objetiva operam defensiva e ativamente, isto é, impedindo o exercício de pretensões e criando deveres específicos”¹⁰⁶. Etimologicamente, confiança provém de *cum fides*, com fé. A boa-fé, *bona fides*, é uma confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa, correta ou virtuosa.¹⁰⁷

Por fim, a boa-fé objetiva encerra o circuito da justiça contratual distributiva, somada a outros princípios, dela derivados – confiança, transparência e equidade – sendo o dado mais claro da afirmação do desejo constitucional de um contrato solidário e socialmente justo.

3.2. Princípio da confiança

O princípio da confiança, identificável desde a formação do contrato até a sua execução, dá conta já na fase da aproximação negocial, de “proteger os legítimos interesses daqueles que pretendem contratar e, quando já contratados e em execução, as respectivas obrigações, na adequação do objeto do contrato aos fins esperados pelos contratantes. Cuida, portanto, de salvaguardar as expectativas contratuais dos que se aproximam e contratam”¹⁰⁸.

O princípio da confiança vem especificado pelos correlatos e conexos princípios da lealdade e da boa-fé objetiva, ambos constituindo a dupla face da confiança. A confiança, no interior do tráfego jurídico, impõe normas de conduta,

¹⁰⁵ Art. 187, CCB: também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro: do inadimplemento das obrigações*. p. 33.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, J. *Idem*, p.29-30

¹⁰⁸ NALIN, P. *Op. cit.*, p. 154.

entre as quais de informação, proteção aos legítimos interesses do alter, segurança e cooperação.

A valorização da confiança só é possível num ambiente onde haja colaboração intersubjetiva, seja interpessoal ou massificada. A colaboração possibilita o adimplemento porque, para que este seja eficazmente atingido, é necessário que as partes atuem em vista do interesse legítimo do outro. Assim, o dever de colaboração está no núcleo da conduta devida, servindo para possibilitar, mensurar e qualificar o adimplemento.¹⁰⁹

Ao lado dos deveres primários de prestação, tem-se uma série de deveres essenciais ao correto processamento da obrigação, denominados deveres instrumentais, entre os quais se inserem os deveres de proteção. Exemplificativamente, constituem deveres instrumentais: lealdade, cuidado, previdência e segurança, aviso e esclarecimento, informação, consideração aos legítimos interesses do parceiro contratual, proteção ou tutela da pessoa e do patrimônio da contraparte, evitar ou diminuir riscos e abstenção de condutas que possam pôr em risco o programa contratual.¹¹⁰

Todos estes fatores considerados inserem-se em um contexto maior, defendido no Brasil por Clóvis do Couto e Silva, que trata da obrigação como processo, com vistas à satisfação do credor. A compreensão da relação evidencia os deveres de prestação, proteção, laterais, anexos ou instrumentais, além dos direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos e expectativas jurídicas.¹¹¹

A confiança constitui pressuposto de toda ordem jurídica e é uma necessidade, na medida em que as relações se tornam distantes e impessoalizadas, atuando como verdadeiro cimento da convivência coletiva. Em cada ordenamento, a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica, seja na observância do pactuado, conforme as circunstâncias da pactuação, seja de outro, a coibição da deslealdade, no sentido de limitador do exercício de direitos subjetivos.¹¹²

A proteção da confiança está intimamente ligada ao anonimato das novas relações sociais, à massificação e à despersonalização das relações de consumo.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, J. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do inadimplemento das obrigações*. p. 26-27.

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, J. *Idem*, p. 38-39.

¹¹¹ MARTINS-COSTA, J. *Idem*, p. 53.

¹¹² MARTINS-COSTA, J. *Idem*, p. 29.

Ademais, a estes se soma um outro dado desafiador que consiste na complexidade tecnológica dos produtos oferecidos. Assim, criou-se um novo paradigma que responde como um modelo de qualidade e segurança que pode ser esperado por todos, contratantes, usuários atuais e futuros (legítimas expectativas).¹¹³

Independentemente das possíveis variáveis concretas, a centralidade da confiança reside na aparência, estando em jogo as reações causadas aos contratantes que nela confiam, revelando-se, quando já em curso a execução da avença, a frustração de algum dever jurídico.¹¹⁴

No sistema do CDC, leis imperativas protegem a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, especificamente na prestação contratual e na adequação ao fim que razoavelmente se espera. Ainda, protegem a confiança que o consumidor deposita na segurança do produto ou serviço posto no mercado.¹¹⁵

O resultado jurídico é uma mudança das expectativas do consumidor na relação contratual com o comerciante. Logo, quando o consumidor efetua a compra de qualquer produto, está implícito que alguém responde no caso de haver algum dano à saúde ou segurança. A pretensão à responsabilização é ampla, o que permite dizer que ocorre a responsabilidade solidária de toda a cadeia de fornecedores, diretos e indiretos. A tendência é imputar responsabilidade por danos ou inadequação da coisa adquirida ao fabricante, produtor ou importador.¹¹⁶

Logo, o princípio da confiança está posto no Código de Defesa do Consumidor para garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos, para assegurar o ressarcimento do consumidor e para regular alguns casos de insolvência.¹¹⁷

¹¹³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed., 2005. p. 1143.

¹¹⁴ NALIN, P. *Op. cit.*, p. 156.

¹¹⁵ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 1142.

¹¹⁶ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 1144.

¹¹⁷ Este é o entendimento do TJ/RS. **EMENTA:** APELAÇÕES CÍVEIS. CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EXTRAVIO TEMPORÁRIO DE BAGAGEM. A indenização dos danos materiais correspondente aos itens adquiridos para suprir as necessidades pessoais imediatas e o vestuário extraviado é devida, não apenas em razão do defeito na prestação do serviço que importou descumprimento da obrigação de resultado esperado, assumida quando da contratação, como também em virtude da violação do **princípio da confiança** existente nas relações de consumo. Quanto aos danos morais, apresenta-se claro o abalo causado pela falha operacional da companhia, o que impôs transtornos e sofrimento ao autor que se viu privado de seus pertences pessoais durante toda a estada em país estrangeiro, restando frustrado o passeio que pretendia fazer. Majoração do valor a título de danos morais, fixados em R\$ 10.000,00. Ônus de sucumbência redistribuídos. APELO

3.3. Princípio da transparência

O princípio da transparência está instituído no art. 4º, caput do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 4º, caput, CDC: a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a **transparência e harmonia das relações de consumo**, atendidos alguns princípios. (grifo nosso).

“Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”¹¹⁸.

Primeiramente, o CDC regula a oferta feita pelo fornecedor, inclusive a publicidade por ele veiculada. Ou seja, todas as manifestações do fornecedor tentando atrair o consumidor para a relação contratual, tentando motivá-lo a adquirir produtos e serviços. O intuito das normas protetoras é assegurar a veracidade e seriedade da proposta, criando uma nova noção de “oferta contratual”.¹¹⁹

Dessa forma, o CDC institui o amplo dever de informar ao consumidor sobre as características do produto ou serviço, bem como o conteúdo do contrato. Com isso, o legislador quer evitar lesão pela quantidade insuficiente de informações na contratação. Sem esse pressuposto primordial, o consumidor pode contrair obrigações que, simplesmente, não deseja ou não pode suportar. Nesse sentido, corrobora NALIN, afirmando que somente conjugando uma informação contratual de qualidade à proteção à parte vulnerável, é que permitirá emitir uma vontade qualificada.¹²⁰

Na prática, o ideal de transparência inverte os papéis tradicionais, já que o consumidor, que se encontrava na posição ativa de buscar informações acerca dos

PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70028722890, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 26/03/2009.

¹¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., 2002, p.595.

¹¹⁹ MARQUES, C. L. *Idem, ibidem*.

¹²⁰ NALIN, P. *Op. cit.*, p. 146.

conhecimentos técnicos para realizar um bom negócio, passa para a confortável posição de detentor de um direito subjetivo de informação, enquanto o fornecedor, aquele que se encontrava na segura posição passiva, passou a ser sujeito de um novo dever de informação, dever de conduta ativa, no sentido de informar.¹²¹

O princípio da transparência é uma nova “pré-condição para que o consumidor possa manifestar sem medo e livremente sua vontade, e realizar suas expectativas legítimas”¹²². Acima de tudo, o referido princípio norteador rege o momento pré-contratual e a eventual conclusão do contrato. É mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato ou, se falha, representa a falha na qualidade do produto ou serviço oferecido.

Em suma, como reflexo do princípio da transparência tem-se o novo dever de informar ao consumidor, seja através da oferta, seja através da redação clara do texto do contrato. Assim, concretiza-se a idéia de reequilíbrio de forças nas relações de consumo, com vistas a alcançar a justiça contratual.

O princípio da informação pode ser interpretado de várias formas, todas elas percutientemente alentadoras da efetivação dos interesses do consumidor, podendo configurar-se a informação de cunho educacional, no sentido de conscientização dos consumidores acerca da busca de seus interesses, ou em relação à informação sobre os produtos e serviços colocados à disposição no mercado de consumo.¹²³

Em última análise, a informação (adequada, clara, verdadeira), sendo direito do consumidor e dever do fornecedor, traduz-se em transparência na medida em que atinge com eficácia o consumidor, ou seja, “é necessário que a informação não represente mera formalidade legal, mas que efetivamente esclareça as dúvidas dos consumidores evitando-se assim de forma preventiva a frustração contratual do consumidor, atendendo-se às suas legítimas expectativas”¹²⁴. Ademais, mister focar a classe social a qual se dirige a sua oferta ou mesmo, em estágio já avançado,

¹²¹ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 597.

¹²² MARQUES, C. L. *Idem*, p. 598.

¹²³ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. p.106.

¹²⁴ EFING, A. C. *Op. cit.*, p. 108.

estabelecer os termos do contrato, particularizando a informação, de modo compreensível e acessível, ao destinatário ou aderente.¹²⁵

3.3.1. Noção de oferta do art. 30 do CDC

A declaração inicial, que visa suscitar o contrato, chama-se proposta ou oferta, emitida pelo proponente ou peticitante. A declaração convergente, indo ao seu encontro, chama-se aceitação, designada pelo aceitante ou oblato. Segundo GOMES, proposta e aceitação não constituem negócios jurídicos, classificando-se como atos pré-negociais, de efeitos prefigurados na lei. Entretanto, são declarações de vontade, cuja eficácia se perfaz quando chegam ao conhecimento da pessoa a quem se dirigem. O vínculo contratual nasce quando a proposta e a aceitação convergem.¹²⁶

Na visão tradicional, o consumidor motivado a adquirir determinado bem, em virtude de oferta transmitida pelos meios de comunicação, entrava no estabelecimento comercial e fazia uma oferta ao fornecedor para comprar determinado bem nas condições anunciadas. Se o produto ainda estivesse disponível, o fornecedor deixava claro que se tratava de uma “proposta de contrato”, ou seja, uma oferta vinda do consumidor, em que o fornecedor não estaria vinculado por suas informações iniciais.¹²⁷

A oferta clássica exigia, para sua validade, uma série de requisitos, tais como, precisar a coisa vendida e o seu preço, há de ser firme e dirigida ao seu destinatário. A formulação clássica da oferta, refém do pensamento jurídico oitocentista, não se adaptava à realidade da sociedade de consumo, alicerçada que está no anonimato dos sujeitos. Hoje, estrutura-se um novo conceito de oferta, em melhor sintonia com o mercado de massa, em que se reconhece um valor contratual ao documento publicitário, mesmo que diga expressamente que tem apenas um valor indicativo.¹²⁸

¹²⁵ NALIN, P. *Op. cit.*, p. 148.

¹²⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. p.67-68.

¹²⁷ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p.603.

¹²⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. p. 255.

Nos contratos de massa, a oferta não é dirigida a pessoas determinadas, mas a todos os indivíduos integrantes da coletividade. Esta oferta genérica, inclusive a publicidade e outras informações prestadas não vinculavam a empresa, sendo consideradas apenas um convite para a oferta por parte do consumidor (*invitatio ad offerendum*). O art. 30 do CDC modifica e amplia consideravelmente a noção de oferta no direito brasileiro.¹²⁹

O princípio estampado no art. 30, apesar de inserto na seção da oferta, aplica-se igualmente à publicidade, ou seja, abrange todas as manifestações do marketing. O art. 30 dá caráter vinculante à informação e à publicidade.

Art. 30, CDC. Toda **informação ou publicidade**, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e **integra o contrato** que vier a ser celebrado.(grifo nosso).

Agora, qualquer informação ou publicidade veiculada que precisar elementos essenciais da compra, tais como objeto ou preço, será considerada uma oferta vinculante, carecendo apenas a aceitação do consumidor. O proponente não pode retirar a sua voz por certo espaço de tempo e se, nesse lapso temporal ocorrer a aceitação, o contrato estará formado, mesmo que sua vontade de contratar não seja mais a mesma. “A oferta é, portanto, uma declaração de vontade lançada no mundo, a qual o direito anexa um efeito jurídico, o da sua vinculabilidade, da sua condicional irrevogabilidade, para proteger a segurança dos negócios”¹³⁰. Essa irrevogabilidade só pode ser afastada “por declaração em contrário na própria oferta ou devido a natureza do contrato ou as circunstâncias do caso”, segundo dispõe o art. 427, CCB/02.

No sistema do CDC, ser irrevogável significa que o ato criado não desaparecerá do mundo jurídico por vontade unilateral do fornecedor, pois gera efeitos como o da vinculação. Assim, aquele que ofertou ao público consumidor e voltou atrás sem usar a forma prevista em lei, não faz desaparecer a sua declaração de vontade, ao contrário, sofrerá os efeitos do estado de sujeição, o qual criou

¹²⁹ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 603-604.

¹³⁰ MARQUES, C. L. *Idem*, p. 601 e 603.

através de sua declaração de vontade inicial.¹³¹ “O fornecedor cria um direito potestativo para o consumidor, este pode aceitar, ou não, o negócio que se propõe; o fornecedor está em pura situação de sujeição. Se houver aceitação pelo oblato, o contrato está concluído”¹³².

A vinculação atua de duas maneiras: primeiramente, obrigando o fornecedor, mesmo que se negue a contratar e, em segundo lugar, prevalecendo e introduzindo-se em contrato celebrado, inclusive quando seu texto o diga de modo diverso. Para que a vinculação atue, dois pressupostos básicos devem estar presentes: a veiculação e a precisão da informação. Assim, não operará força obrigatória se não houver veiculação da informação por qualquer meio, bem como não é qualquer informação veiculada que vincula o fornecedor. Tem ela de conter a qualidade da precisão, mas não reclama uma precisão absoluta, basta uma precisão suficiente, ou seja, com o mínimo de concisão, tendo em vista que os exageros da comunicação mercadológica aumentam os riscos e a insegurança do consumidor.¹³³

Na medida em que a publicidade influencia o comportamento contratual do consumidor, nada mais razoável que passe o Direito a lhe dar conseqüências proporcionais à sua importância fática. Assim, é razoável que o anunciante seja responsabilizado por aquilo que diz ou deixa de dizer. “A publicidade é ‘necessária na economia de mercado’, mas ninguém nega que, infelizmente, aparece muitas vezes como nociva ao público”¹³⁴.

Na nova concepção social de contrato, a lei deve proteger as expectativas legítimas dos consumidores criadas pela atividade do fornecedor, protegendo aqueles que confiaram na informação veiculada. A eventual promessa de qualidade do produto ou do serviço, veiculada através de mensagem publicitária, se não cumprida pelo fornecedor, pode dar origem à reclamação do consumidor com base no art. 35¹³⁵, que menciona expressamente os efeitos à recusa do cumprimento da oferta, apresentação ou publicidade.

¹³¹ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p.602.

¹³² BENJAMIN, A. H. V. *Op. cit.*, p. 269-270.

¹³³ BENJAMIN, A. H. V. *Idem*, p. 258-259.

¹³⁴ BENJAMIN, A. H. V. *Idem*, p. 261.

¹³⁵ Art. 35, CDC: se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I- Exigir cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- II- Aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

Quanto ao princípio geral de veracidade das informações veiculadas através da publicidade, cabe destacar dois dispositivos: parágrafo único do art. 36¹³⁶ e art. 38¹³⁷ do CDC. Ambas as disposições encontram-se na seção dedicada à publicidade - no capítulo das práticas comerciais - e reforçam a noção do dever de veracidade da publicidade, como informação ao consumidor, exista ou não vínculo contratual entre o fornecedor do produto ou do serviço e aquele que recebeu a informação publicitária.

Portanto, este é o princípio da transparência nas relações de consumo, exigindo veracidade nas informações que são transmitidas aos consumidores mesmo nessa fase anterior ao fechamento do negócio.

3.3.2. Dever de informar

O dever de informar, como reflexo do princípio da transparência, passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever básico e essencial para a harmonia e transparência das relações de consumo.

Art. 6º, III, CDC: é **direito** básico do consumidor **a informação** adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com a especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. (grifo nosso).

O dever de informar imposto ao fornecedor passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, constituindo verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor.¹³⁸

III- Rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada e a perdas e danos;

¹³⁶ Art. 36, parágrafo único, CDC: o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

¹³⁷ Art. 38, CDC: o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

¹³⁸ Assim ensina a jurisprudência do TJ/RS. **EMENTA:** CONSUMIDOR. RESCISÃO DE CONTRATO. SERVIÇO DE INTERNET BANDA LARGA (3G). CONEXÃO DISPONIBILIZADA EM VELOCIDADE MUITO INFERIOR À CONTRATADA. INOBSERVÂNCIA DO **DEVER DE INFORMAR** POR PARTE DA FORNECEDORA. DIREITO À RESCISÃO DO CONTRATO, SEM INCIDÊNCIA DE MULTA. Ainda que seja compreensível a variação da velocidade da rede, em razão da distância da estação retransmissora do sinal ou em razão de fatores externos, por certo que esta variação deve ser a exceção e não a regra. Se o autor reside numa localidade distante da antena da operadora e, por isso, o alcance da plena velocidade seria dificilmente alcançado, é **informação** que a requerida

O dever de informar foi desenvolvido pela doutrina alemã, na teoria da obrigação como processo. A teoria contratual declara a existência de deveres acessórios e instrumentais, deveres secundários ao da prestação principal, chamados de deveres anexos.

Informar é comunicar, é compartilhar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é tornar 'comum' o que era sabido apenas por um. Informar é dar 'forma', é exteriorizar o que estava interno, é compartilhar, é 'comunicar', é chegar ao outro, é aproximar-se. (...). A informação é, ao mesmo tempo, um estado subjetivo, é o saber ou não saber, informação é um processo interativo, que se denomina normalmente de comunicação; informação é um conteúdo, são os dados, saberes, conhecimento, imagens, sons, formas, palavras, símbolos ou (in)formações organizadas, e – acima de tudo – informação é um direito.¹³⁹

Assim, nas relações entre consumidores e fornecedores ou entre leigos e experts, um dos agentes econômicos detém a informação, e pode comunicar este algo para o outro ou omitir. Pode informar de boa-fé e lealmente, de forma suficiente e adequada, informando os riscos, os efeitos, as chances e tudo que for essencial para exercitar o seu direito de escolha; ou não compartilhar a informação que detém.¹⁴⁰

Nesse sentido, o CDC estabelece, em um de seus relevantes artigos sobre o tema, requisitos informativos mínimos:

Art. 31, CDC: a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

A informação é oferecida em dois momentos distintos. Tem-se a informação pré-contratual, aquela que precede ou acompanha o bem de consumo, e a informação contratual, aquela passada no momento da formalização do ato de

deveria ter prestado ao cliente antes da adesão, o que decorre dos **deveres transparência, lealdade e boa-fé** que regem as relações de consumo. Não cabe a imposição de multa em favor da operadora de telefonia celular, quando foi esta quem deu causa à resolução, tendo em vista a má-prestação do serviço contratado. Direito à rescisão do contrato, sem exigibilidade da cláusula penal. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71001954080, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 28/05/2009.

¹³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regimes das relações contratuais*. 5. ed., 2005, p. 772.

¹⁴⁰ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 772.

consumo, isto é, no instante da contratação. Ambas têm o mesmo objetivo, no sentido de preparar o consumidor para um ato de consumo verdadeiramente consentido, livre, porque fundamentado. É como se aquele momento inicial fosse preparatório para o segundo, porque sem a informação adequada através da oferta, a informação contratual corre o risco de chegar tarde.¹⁴¹

O art. 31 aplica-se à oferta não publicitária, aquela que fica a encargo do fornecedor. O CDC dá grande ênfase ao aspecto preventivo da proteção do consumidor. Nessa linha, o mecanismo mais eficiente de prevenção é a informação preambular. Não é qualquer modalidade informativa que se presta a atender os requisitos do Código. A informação deve ser correta (verdadeira), clara (fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa.¹⁴²

O fornecedor deve cuidar para que a sua oferta, bem como a apresentação de seu produto ou o nome de serviço, assegure informações claras, a exemplo das informações constantes na embalagem do produto.

O rol de características destacado pelo art. 31 é meramente exemplificativo, preocupando-se com as características físicas do produto (quantidade, qualidade, composição), com a sua repercussão econômica (preço e garantia), com a saúde do consumidor (prazo de validade e origem do produto) e com a segurança do consumidor (informações sobre os riscos que podem advir do produto).¹⁴³

No caso de produtos perigosos ou que tragam algum risco à saúde e segurança do consumidor, há uma complementação ao dever de informar, instituída pelo art. 31. O dever de informar deve ser ostensivo e adequado a respeito da nocividade ou periculosidade do produto, segundo o art. 9º do CDC.¹⁴⁴

Para assegurar o cumprimento do novo dever de informação sobre as qualidades e características do produto, o sistema do CDC inclui a falta ou falha na informação como vício do produto ou serviço, dispondo em artigo específico.¹⁴⁵

¹⁴¹ BENJAMIN, A. H. V. *Op. cit.*, p. 271-272.

¹⁴² BENJAMIN, A. H. V. *Idem*, p. 272.

¹⁴³ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 774.

¹⁴⁴ Art. 9º, CDC: o fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

¹⁴⁵ Art. 18, CDC: os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados

O CDC regula, no art. 18 e ss, os chamados vícios por inadequação, que pressupõe a existência de um vínculo contratual original entre consumidor e seu fornecedor direto, concentrando-se na relação econômica equilibrada entre objeto do contrato e a contraprestação feita pelo consumidor. Assim, o consumidor terá direito ao conserto do bem, à substituição do produto, ao abatimento do preço, ou mesmo à rescisão do contrato, com restituição da quantia paga.

Dispositivo que contém determinação semelhante quanto aos serviços encontra-se no art. 20, CDC¹⁴⁶, que inova ao introduzir uma noção de vício do serviço.

Por fim, pode-se destacar a exigência de redação clara e precisa inclusa no dever de informar, especialmente nos contratos de adesão e àqueles submetidos às condições gerais dos contratos quanto aos contratos paritários.

Art. 46, CDC: os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

A dificuldade na interpretação da norma é identificar como será apreciada a “dificuldade de compreensão” do instrumento contratual. A terminologia jurídica apresenta dificuldades específicas para quem não atua no ramo, mas a utilização de termos não técnicos pode levar a incertezas e ambigüidades. “Os tribunais vêm interpretando a norma em função do nível de conhecimento jurídico do consumidor médio, isto é, do homem atento, mas sem formação jurídica específica”¹⁴⁷.

ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

¹⁴⁶ O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, (...).

¹⁴⁷ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 795.

IV. EQUIDADE CONTRATUAL

4.1. Interpretação pró-consumidor

A interpretação do direito, segundo valiosa lição de GRAU, “consiste na produção pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão”¹⁴⁸.

O mesmo autor esclarece:

Interpretar/aplicar é dar concreção (= concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida. (...). Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto.¹⁴⁹

Na lição de GOMES, interpretar um contrato é determinar o significado do acordo e esclarecer o sentido das declarações de vontade, quando estas forem obscuras, ambíguas ou duvidosas. Há de se partir em busca da vontade real dos contratantes, sem esquecer as circunstâncias em que se formularam e outros fatos, como o comportamento anterior ou ulterior das partes, que possam servir à plena reconstrução da idéia nascida na mente humana como representação interna.¹⁵⁰

Importante salientar que, na conceituação da hermenêutica tradicional, a interpretação do contrato é tomada como um processo de esclarecimento da vontade subjetiva dos contratantes. Já na doutrina mais recente, é vista como investigação da vontade objetivada no conteúdo do vínculo contratual.¹⁵¹

Ao intérprete incumbe realizar uma análise jurídica do contrato a fim de enquadrá-lo, pelo seu conteúdo, numa das categorias contratuais definidas na lei, para a determinação dos efeitos específicos próprios de cada tipo de contrato. “A

¹⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 163.

¹⁴⁹ GRAU, E. *Idem. Ibid.*

¹⁵⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 238.

¹⁵¹ GOMES, O. *Idem.* p. 242.

função da interpretação do contrato é a determinação dos efeitos jurídicos que este visa a plasmar e a reproduzir”¹⁵².

O primeiro instrumento para assegurar a equidade e a justiça contratual na relação de consumo é a interpretação favorável ao consumidor. O princípio é iluminado pela boa-fé.¹⁵³

Art. 47, CDC: as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Da mesma forma, o Novo Código Civil prevê no art. 423 o recurso à interpretação mais favorável ao aderente, mas só em contratos de adesão e em cláusulas ambíguas ou contraditórias.¹⁵⁴ Ademais, o mesmo diploma legal prevê no art. 112 que na interpretação contratual se atenderá mais à intenção das partes, do que propriamente à manifestação consubstanciada.¹⁵⁵

O art. 47 do Código de Defesa do Consumidor representa, porém, uma evolução em relação a essas normas do Código Civil Brasileiro, pois beneficiará a todos os consumidores, mesmo nos contratos com cláusulas claras e não contraditórias, sendo que agora a vontade interna, a intenção não declarada, nem sempre prevalecerá. Em outras palavras, “é da interpretação ativa do magistrado a favor do consumidor que virá a clareza da cláusula e que será estabelecido se a cláusula, assim interpretada a favor do consumidor, é ou não contraditória com outras cláusulas do contrato”¹⁵⁶.

O direito fez opção pela proteção do consumidor, a partir da consideração de que se trata da parte contratual mais débil. Assim, protege suas expectativas legítimas, nascidas da confiança no vínculo contratual e na proteção do direito. A vontade declarada ganha em importância, bem como a boa-fé das partes. A

¹⁵² GOMES, O. *Op. cit.*, p.239.

¹⁵³ Positivado no art. 4º, III, CDC.

¹⁵⁴ Art. 423, CCB: quando houver contrato de adesão, cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverá adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

¹⁵⁵ Art. 112, CCB: Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

¹⁵⁶ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 745-746.

interpretação será conforme a boa-fé. Assim explicita o CC em artigo específico¹⁵⁷, para todos os contratos civis e comerciais, tanto mais os contratos de consumo.

O intérprete do contrato deve necessariamente observar não só a regra do art. 47 do CDC, mas todas as normas do Código que dispõem novos direitos e deveres para o consumidor e para o fornecedor. O conteúdo do contrato a ser interpretado não é somente aquele posto em cláusulas pré-redigidas unilateralmente pelo fornecedor, mas todo o contexto anterior da oferta.

É durante o exercício de interpretação, conforme a boa-fé, que o magistrado irá identificar os limites à liberdade contratual. É nesse específico momento que se observa quais cláusulas ferem a boa-fé, quais cláusulas são nulas, abusivas ou que violam o Direito e que por isso não poderão ser consideradas ou ter qualquer eficácia, pois ofendem a ordem pública¹⁵⁸. Em síntese, a liberdade contratual é limitada pelo princípio da boa-fé. Assevera MARQUES que “proteger a boa-fé significa preservar os contratantes de artimanhas e subterfúgios”¹⁵⁹. O direito ampara os interesses do contratante que, por vulnerabilidade ou hipossuficiência, pode ter assinado o contrato sem compreender integralmente seu conteúdo, fazendo prevalecer os reais objetivos pretendidos na contratação.

Como critério objetivo a guiar a interpretação complementar, GOMES considera que toda vez que houver, na declaração contratual, lacunas, ambigüidades ou contradições, a boa-fé tem a função de substituir o ponto de vista relevante para a interpretação, posicionando no contexto um modelo de pessoa normal, razoável, a fim de averiguar o sentido que essa pessoa atribuiria à declaração negocial caso houvesse percebido a deficiência desta.¹⁶⁰

Assim também entende MARTINS-COSTA, para quem, além de designar uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva, pela consideração dos interesses da contraparte, o princípio da boa-fé indica “um critério de interpretação

¹⁵⁷ Art. 113, CCB: os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹⁵⁸ Art. 1º, CDC: o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º., inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

¹⁵⁹ MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 751.

¹⁶⁰ GOMES, O. *Op. cit.*, p. 247.

dos negócios jurídicos e uma norma impositiva de limites ao exercício de direitos subjetivos”¹⁶¹.

O dever de informar é do fornecedor, e implica explicar as cláusulas contratuais, o preço, o uso do objeto, bem como entregar cópia do contrato. O aplicador da lei deve interpretar toda a relação contratual - incluindo publicidade, promessas, pré-contratos, prospectos, contrato, silêncios, práticas e cláusulas – sempre a favor do consumidor, para só então verificar se houve ou não abuso. Ademais, deve ter em mente quais eram os deveres do fornecedor e se suas práticas e cláusulas tentaram afastar o cumprimento destes deveres imperativos, já que, os direitos assegurados aos consumidores são indisponíveis.¹⁶²

Em face da finalidade de proteção especial das normas do CDC, a interpretação dos contratos envolvendo consumidores e fornecedores deve guiar-se por seus princípios, em especial o princípio da boa-fé, da transparência, da proteção da confiança e das expectativas legítimas dos consumidores. Trata-se, igualmente, de uma interpretação contextual, que procura o sentido e o alcance da vontade expressa no contrato também em seu contexto negocial, na finalidade normal (standard objetivo) deste tipo de contrato, nas expectativas normais para os consumidores neste tipo de negócio (standard objetivo), considerando igualmente os atos e informações anteriores à conclusão do negócio como juridicamente relevante, formando o ‘todo’ a interpretar, a relação contratual a considerar.¹⁶³

Pode-se extrair, de acordo com esquema resolutivo de NERY JÚNIOR, os seguintes princípios específicos da interpretação dos contratos de consumo: a) a interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade¹⁶⁴; c) a cláusula geral de boa-fé reputa-se ínsita à toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento do contrato¹⁶⁵; d) havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e) nos contratos de adesão, as cláusulas ambíguas ou contraditórias se fazem *contra stipulatorem*, em favor do aderente (consumidor); f) sempre que possível interpreta-se o contrato de consumo de modo a fazer com

¹⁶¹ MARTINS-COSTA, J. *O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação*. p. 134.

¹⁶² MARQUES, C. L. *Op. cit.* p. 758.

¹⁶³ MARQUES, C. L. *Idem.*, p. 759.

¹⁶⁴ Art. 112, Código Civil Brasileiro.

¹⁶⁵ Art. 4º, caput e inciso III, e art. 51, inciso IV do CDC.

que suas cláusulas tenham aplicação, extraindo-se delas um máximo de utilidade^{166 167}.

4.2. Cláusulas abusivas

Cláusulas abusivas são, na interpretação de FERREIRA, “identificadas como aspecto patológico dos contratos, excedem limites”¹⁶⁸. São fruto do novo contrato da sociedade complexa de massas, sendo lícito ao Estado intervir na relação privada limitando a liberdade contratual.

O critério que pode ser utilizado como parâmetro para se detectar se determinada cláusula é abusiva é o desequilíbrio significativo que sua inserção exerce na relação jurídica, justamente porque ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico. As cláusulas abusivas restringem direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de modo tal que ameaçam o objeto e o equilíbrio contratual, demonstrando-se excessivamente onerosa para o contratante.¹⁶⁹

O consumidor tem o direito básico de proteção contra cláusulas abusivas. Esse direito é dado com amplitude, pois a norma não restringe essa proteção apenas aos contratos de adesão. Assim, todos os contratos de consumo, escritos ou verbais, de “comum acordo” ou de adesão, estão inseridos dentro do sistema de proteção contra cláusulas abusivas, pois o desequilíbrio contratual, pode ocorrer em qualquer contrato, concluído mediante qualquer técnica contratual.

Art. 6º, IV, CDC: é direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e **cláusulas abusivas** ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. (grifo nosso).

¹⁶⁶ Sinônimo de princípio da conservação. Segundo Orlando Gomes, “o contrato deve ser interpretado, como qualquer de suas cláusulas, no sentido de que possa ter qualquer efeito, devendo prevalecer a interpretação que lhe dê o significado mais útil.” (GOMES, *Op. cit.*, p. 247).

¹⁶⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. p. 545-546.

¹⁶⁸ FERREIRA, Daniela Moura. *O contrato de consumo: e os princípios informadores no novo Código Civil*. p. 187.

¹⁶⁹ FERREIRA, D. M. *Idem*. p.188.

Pode-se tomar a expressão “cláusulas abusivas”, segundo NERY JÚNIOR, como sinônima de cláusulas opressivas, vexatórias, onerosas ou excessivas. Assim, cláusula abusiva é aquela notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que, no caso, é o consumidor. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes. Normalmente, verifica-se nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carregados todos os ônus derivados do contrato.¹⁷⁰

O Código de Defesa do Consumidor enumerou uma série de cláusulas consideradas abusivas, dando-lhes o regime de nulidade de pleno direito no art. 51. Esse rol não é exaustivo, apresenta apenas um parâmetro de direção, podendo o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, entender ser lesiva e, portanto, nula, uma determinada cláusula contratual. Ademais, o inciso XV do referido artigo contém norma de encerramento, que dá possibilidade ao juiz de considerar abusiva a cláusula que “esteja em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.”

A fim de coibir-se o abuso nas relações obrigacionais, iniciou-se uma fase de dirigismo contratual, de intervenção estatal na economia e no mundo dos negócios. Conforme lições de SCHMITT, a vontade dos indivíduos passa a ser dirigida, não havendo mais a disponibilidade absoluta do objeto da contratação, de seu preço e de outros aspectos do contrato. O Estado passa a dirigir o contrato de várias formas, inclusive com a vedação expressa à utilização de cláusulas abusivas, sob pena de nulidade das cláusulas ou do próprio negócio.¹⁷¹

O Código de Defesa do Consumidor institui norma imperativa, a qual proíbe a utilização de qualquer cláusula abusiva, definida como aquela que assegure vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços. O inciso IV, do art. 51 do CDC, é uma verdadeira cláusula geral da boa-fé, equidade e do equilíbrio. Trata-se de norma geral proibitória de todos os tipos de abusos contratuais voltada ao equilíbrio contratual.

¹⁷⁰ NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.*, p. 558.

¹⁷¹ SCHMITT, Cristiano Heineck. *As cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor*. p. 166-167.

Art. 51, IV, CDC: são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”

Os termos “obrigações iníquas” e “vantagem exagerada” estabelecem conceitos indeterminados que deverão ser preenchidos pelo juiz, em razão das circunstâncias que envolvem o caso concreto.¹⁷²

O Código estabelece, no §1º deste art. 51, algumas hipóteses de presunção do exagero da vantagem. Essas são exemplificativas e outras poderão ser redutíveis aos conceitos de obrigação iníqua e vantagem exagerada.¹⁷³

Quanto às cláusulas incompatíveis com a boa-fé e com a equidade, cumpre ao magistrado pesquisar se as partes agiram com boa-fé para a conclusão do negócio jurídico de consumo, a fim de verificar se a cláusula sob exame é ou não válida à luz do preceito legal¹⁷⁴. Da mesma forma, o juiz não julgará por equidade, mas dirá o que está de acordo com a equidade no contrato sob seu exame.

¹⁷² NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.*, p. 569.

¹⁷³ Art. 51, §1º, CDC: presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

- I- ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- II- restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;
- III- se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

¹⁷⁴ É nula, por ofender a boa-fé, a cláusula, geralmente inserida nos contratos de planos de saúde, de não-cobertura de algumas moléstias. Nesse sentido, decisão: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA DE URGÊNCIA. TRISSEGMENTECTOMIA POR RADIOFREQUÊNCIA. REEMBOLSO DAS DESPESAS. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. O objeto principal do seguro é a cobertura do risco contratado, ou seja, o evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte da seguradora de saúde. Outro elemento essencial desta espécie contratual é a boa-fé, na forma do art. 422 do Código Civil, caracterizada pela lealdade e clareza das informações prestadas pelas partes. 2. Há perfeita incidência normativa do Código de Defesa do Consumidor nos contratos atinentes aos planos ou seguros de saúde, como aquele avençado entre as partes, podendo se definir como sendo um serviço a cobertura do seguro médico ofertada pela demandada, consubstanciada no pagamento dos procedimentos clínicos decorrentes de riscos futuros estipulados no contrato aos seus clientes, os quais são destinatários finais deste serviço. 3. Não há qualquer referência expressa no contrato entabulado entre as partes de exclusão de cobertura para cirurgia denominada de trisegmentectomia por radiofrequência, serviço que originou o ajuizamento da presente ação. 4. Restrições de direito devem estar expressas, legíveis e claras no contrato, o que não ocorreu no caso em tela, em afronta ao dever de informar consagrado na legislação consumerista. Ressalte-se que a vedação de cobertura não consta taxativamente no contrato, e cláusulas restritivas de direito não dão margem a interpretações extensivas. 5. A omissão no contrato quanto à extensão de cobertura deve ser interpretada de forma favorável ao consumidor, uma vez que a negativa da demandada não se pautou em determinação contratual. Inteligência do art. 47 do Código de Defesa do

Nesse sentido, EFING faz um paralelo entre as cláusulas abusivas e a interpretação contratual.

No âmbito da hermenêutica contratual, quanto à interpretação da declaração de vontade, ocorre a tendência natural de eliminar a possibilidade de conter no negócio jurídico, tanto cláusulas duvidosas, como qualquer ponto obscuro ou controvertido. A tarefa do intérprete, ao analisar o texto contratual e a intenção dos contratantes na relação de consumo, em nada difere. Na interpretação declaratória, pretende-se descobrir a verdadeira intenção das partes e sobretudo a do consumidor, que, por muitas vezes, sujeita-se ao oportunismo do fornecedor, que se vale de cláusulas contratuais acertadas indevidamente e não correspondentes aos verdadeiros anseios do consumidor, para obter vantagem de determinada situação. Depois de colhidas as verdadeiras intenções das partes, sobrevém a interpretação construtiva que pretende a reconstrução do ato negocial. Isto é, poderá o juiz anular cláusulas inseridas no art. 51 do CDC, ou mudar o conteúdo negocial de outras cláusulas que representem onerosidade excessiva para o consumidor e contrariem o princípio da boa-fé.¹⁷⁵

A proteção contra cláusulas abusivas é, segundo lição de NERY JÚNIOR, um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor, importância que avulta em razão da multiplicação dos contratos de adesão, concluídos com base nas cláusulas contratuais gerais¹⁷⁶. A implementação da contratação em massa, por intermédio do contrato de adesão, é levada a efeito por meio das cláusulas gerais dos contratos, reguladas pela primeira vez, de modo harmônico e sistemático, no Direito Positivo brasileiro pelo CDC, por intermédio da enumeração das cláusulas abusivas e da sistemática dos contratos de adesão^{177 178}.

Consumidor. Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70030214555, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 24/06/2009)

¹⁷⁵ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das relações de consumo*. p. 229.

¹⁷⁶ Essas cláusulas gerais têm os atributos do *preestabelecimento*, *unilateralidade da estipulação*, *uniformidade*, *rigidez* e *abstração*. São estipulações feitas por um dos futuros contratantes, denominado predisponente ou estipulante (*unilateralidade*), antes, portanto, do início das tratativas contratuais (*preestabelecimento*), que servirão para reger os negócios do estipulante relativos àquela área negocial (*uniformidade*), sendo o intento do predisponente no sentido de que o futuro aderente aceite os termos das cláusulas sem discutir seu conteúdo e alcance (*rigidez*), e, ainda, que essa forma de contratação possa atingir indistintamente o contratante que quiser aderir às cláusulas gerais (*abstração*), vale dizer, que possa haver circulação em massa desses formulários onde estão contidas as cláusulas gerais para que as contratações se dêem em massa. (NERY JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 514).

¹⁷⁷ Art. 54, CDC: contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

¹⁷⁸ NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.*, p. 519.

4.2.1. Invalidade das cláusulas abusivas

A consequência para as cláusulas abusivas é serem fulminadas pela nulidade de pleno direito. As nulidades têm sistema próprio dentro do Código de defesa do consumidor. As invalidades reclamam, modernamente, tratamento microssistêmico, o que foi contemplado pelo CDC, a fim de poderem atender às peculiaridades existentes no microssistema.¹⁷⁹

“Nulidade é a sanção por meio da qual a lei priva de eficácia o contrato que se celebra contra preceito perfeito e, notadamente, os que disciplinam os pressupostos e requisitos do negócio jurídico. O ordenamento jurídico recusa proteção ao contrato cujos elementos não correspondam aos que a lei exige para valer”¹⁸⁰.

A rigor, “o conceito de invalidade é vasto e abrange o de nulidade e o de anulabilidade. A primeira decorre da falta de qualquer dos requisitos legais da formação do ato ou de expressa disposição da lei. A segunda é sanção de grau menor, resultante da incapacidade relativa do agente ou de vício de vontade”¹⁸¹. O critério distintivo deve ser, porém, o da titularidade dos interesses a proteger. Tratando-se do interesse geral, o caso é de nulidade; se o interesse for particular, é de anulabilidade.

De acordo com a doutrina majoritária, o CDC afastou-se do sistema de nulidades do Código Civil. Abandonou-se, no sistema do CDC, a dicotomia existente entre as nulidades do Direito Civil (nulidade absoluta e relativa), não estabelecendo graus de invalidade entre elas, tampouco tratando-as como causas de ineficácia da relação jurídica de consumo. A legislação consumerista optou pela nulidade de pleno direito. “A sanção mais grave é a nulidade, aplicável aos atos em que predomina o interesse geral da comunidade”¹⁸².

“A nulidade da cláusula abusiva deve ser reconhecida judicialmente, por meio de ação direta (ou reconvenção), de exceção substancial alegada em defesa

¹⁷⁹ NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.*, p.560.

¹⁸⁰ GOMES, O. *Op. cit.*, p. 231.

¹⁸¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. p. 514.

¹⁸² AMARAL, F. *Idem*, p.528.

(contestação), ou, ainda, por ato *ex officio* do juiz. A sentença que reconhece a nulidade não é declaratória, mas constitutiva negativa”¹⁸³.¹⁸⁴

O efeito da sentença judicial que reconhece a nulidade da cláusula abusiva é *ex tunc*. Assim, a sentença só reconhece a situação fática anterior à propositura da ação, tendo em vista que a invalidade já estava presente desde a conclusão do negócio jurídico de consumo. Sendo matéria de ordem pública¹⁸⁵, a nulidade de pleno direito nos contratos de consumo não é atingida pela preclusão, de modo que pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição, impondo ao juiz o dever de pronunciá-la de ofício. Ademais, o direito de ação para pleitear em juízo a nulidade é imprescritível, na ausência de norma a respeito.

Em suma, os atos contrários ao Direito e à moral não podem ser objeto de uma obrigação eficaz, porque jamais se poderá invocar a proteção da justiça para obter sua execução.

4.3. Equilíbrio mínimo das relações contratuais

A teoria contratual tradicional estava centrada na liberdade individual. Imperava a idéia de que o Estado deveria interferir o mínimo possível na vida dos cidadãos e de que o Direito não deveria se preocupar com a justiça dos resultados das transações. Nesse sentido, corrobora MACEDO JR.:

A justiça passa a ser entendida essencialmente como o respeito ao acordo firmado e o interesse público passa a ser identificado à defesa da ordem liberal e aos princípios de mínima intervenção estatal. Por outro lado, à medida que o direito contratual clássico dava pouca atenção às desigualdades entre as partes contratantes, ele se definia mais por sua preocupação com a justiça corretiva do que com a justiça distributiva.¹⁸⁶

Para o pensamento liberal, a justiça contratual referia-se à justiça da transação ou troca e era pautada pelas idéias de liberdade, igualdade e

¹⁸³ Segundo a doutrina majoritária, a sentença que decretar a nulidade da cláusula abusiva é constitutiva negativa ou desconstitutiva, pois descarta a cláusula do plano contratual, não declarando apenas sua invalidade. (SCHMITT, C. H. *Op. cit.*, p.174).

¹⁸⁴ NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.*, p. 560.

¹⁸⁵ Art. 1º, CDC.

¹⁸⁶ MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. p. 45-46.

reciprocidade, o que poderia ser designado como “justiça de troca” ou “justiça comutativa”. A reciprocidade não se referia ao resultado da transação, mas sim à existência da negociação e da contraprestação contratual. O ideal de justiça não se reporta aos resultados finais da ordem de mercado, mas sim à igualdade formal, que dispõem os indivíduos, de ingressarem nas relações contratuais. Por fim, a liberdade se refere à possibilidade que o cidadão tem para escolher tanto os termos quanto os parceiros contratuais.¹⁸⁷

Segundo esclarecimentos de LIMA LOPES, a justiça das trocas diz-se justiça comutativa, retributiva ou corretiva. “Comutar é trocar, retribuir é devolver e corrigir é restaurar ao estado certo (e anterior)”¹⁸⁸.

Com a emergência do Código de Defesa do Consumidor introduz-se instrumentos para alcançar a justiça ou equidade contratual por meio da noção de equilíbrio mínimo das relações contratuais. “O papel preponderante da lei sobre a vontade das partes, a impor uma maior boa-fé nas relações no mercado, conduz o ordenamento jurídico a controlar mais efetivamente este sinalagma e, por consequência, o equilíbrio contratual”¹⁸⁹.

Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocam seu eixo do dogma da autonomia da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade das cláusulas, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, com a conscientização da função do contrato como operação econômica distributiva na sociedade atual, e tentar evitar a exclusão social e o superendividamento.¹⁹⁰

As novas exigências de justiça social e as novas formas de organização de mercado oriundas de sua conformação contemporânea, tendo em vista as mudanças econômicas ocorridas, notadamente a produção em massa, introduziram novas dimensões e exigências que desafiam os princípios contratuais dominantes nas teorias clássicas e a racionalidade jurídica dominante. O aumento da intervenção do Estado na economia - por meio de políticas tributárias e sociais - incorporou critérios de justiça social, praticamente desconhecidos no período de apogeu do liberalismo clássico.¹⁹¹

¹⁸⁷ MACEDO JR, R. P. *Op. Cit.*, p. 54-55.

¹⁸⁸ LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O aspecto distributivo do direito do consumidor*. p. 61.

¹⁸⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed., p. 240.

¹⁹⁰ MARQUES, C. L. *Idem*, p. 244.

¹⁹¹ MACEDO JR, R. P. *Op. cit.*, p.49-50.

O princípio da igualdade sofreu uma metamorfose no reconhecimento das diferenças de status jurídico, a citar o grande comerciante e o consumidor, em cujas relações contratuais estão envolvidas grandes disparidades de poder. Nesse aspecto, cada classe específica determina o tipo de regime jurídico contratual que regulará as transações em questão. Ademais, a idéia de reciprocidade igualmente sofreu mudanças substanciais, à medida que passa a definir não apenas a contraprestação formal, mas antes, uma certa equivalência substancial entre os valores dos termos intercambiados.¹⁹²

Por último, a liberdade contratual torna-se sujeita a diversas limitações. Primeiramente, é restringida de modo a assegurar maior igualdade de oportunidade no mercado. Tornam-se ilegais as discriminações negativas pautadas na raça, etnia, gênero e orientação sexual. Da mesma forma, impõe-se discriminações positivas, como por exemplo, o tratamento diferenciado e mais protetivo para as partes mais vulneráveis, como o consumidor, o pobre, o idoso, o trabalhador, o deficiente físico.¹⁹³

As alterações acima elencadas desafiaram o ideal de justiça da troca. O advento do *Welfare State* sinalizou claramente a insuficiência dos princípios liberais de mercado para alcançar um ideal de justiça distributiva e igualdade substantiva. A característica predominante do welfarismo contratual reside na sua dimensão discriminatória positiva, já que está baseado em regras e princípios de proteção da parte mais fraca, que se concretiza sob duas estratégias complementares. Primeiramente, através de princípios que levem em consideração a condição da pessoa destinatária da proteção jurídica e por outro lado, princípios que levem em consideração a racionalidade das necessidades de cada parte.¹⁹⁴

O contrato, à medida que regula as transações econômicas, desempenha um papel fundamental na forma de alocação de poder e riqueza. O direito contratual, ao regular relações de troca, acaba por permitir ou facilitar resultados distributivos. Com isso, o resultado distributivo variará significativamente conforme o arranjo institucional e jurídico que moldar o respectivo mercado.¹⁹⁵

¹⁹² MACEDO JR, R. P. *Op. Cit.*, p.55-56.

¹⁹³ MACEDO JR., R. P. *Idem*, p.56-57.

¹⁹⁴ MACEDOR JR., R. P. *Idem*, p. 57-59.

¹⁹⁵ MACEDO JR., R. P. *Idem*, p.50-52.

Aprimorando a idéia de distribuição, LIMA LOPES esclarece que a distribuição consiste em partilhar algo comum, ou seja, é tomar algo que é um todo e dividi-lo. Distribuição pressupõe algo a ser dividido que seja, necessariamente, comum e coletivo. “Distribuir, ou fazer justiça distributiva, é dar a cada um a sua parte no mal comum (distribuição dos ônus) ou no bem comum (distribuição de benefícios)”¹⁹⁶. Assim, os ônus e os benefícios do mercado são bens e males a serem distribuídos no mercado de consumo.

A situação acima descrita torna-se mais visível quando mencionamos os acidentes de consumo decorrentes de defeito de produtos ou serviços. Assim, o risco de acidentes deve ser internalizado pelos fornecedores em suas unidades produtivas. O preço da indenização será incorporado aos custos de produção e, pelo preço de venda, será pago por todos os consumidores daquele produto. O risco é o perigo calculável e previsível por todos, e entre todos deve ser partilhado.¹⁹⁷

Na teoria contratual, embora se possa dizer que estamos no reino preponderante da justiça comutativa, esta só se realiza se inserida em um campo de distribuição.

Isto fica evidente quando o CDC acolhe uma teoria contratual que subordina a liberdade de contratar a regras de caráter distributivo, como a alocação da responsabilidade sobre os fornecedores (proibindo nos contratos toda a transferência de responsabilidade para o consumidor), na distribuição das variações de mercado (permitindo que as cláusulas que se provem excessivamente onerosas para o consumidor venham a ser renegociadas) e na distribuição do poder de negociar (impedindo alterações unilaterais dos termos contratados).¹⁹⁸

De qualquer modo, acima do CDC encontra-se a Constituição Federal emanando regras de distribuição que permeiam todo o direito do consumidor. Primeiramente, o art. 3º traz determinações que definem entre os objetivos da República a construção de uma sociedade justa e solidária e a redução das desigualdades sociais e regionais. Em seguida, o art. 5º, XXXII, menciona a proteção do consumidor como poder e dever do Estado¹⁹⁹. Por fim, a disciplina da

¹⁹⁶ LIMA LOPES, J. R. *Op. cit.*, p.59-60.

¹⁹⁷ LIMA LOPES, J. R. *Idem*, P.65.

¹⁹⁸ LIMA LOPES, J. R. *Idem*, p.66.

¹⁹⁹ Mais do que prescrever ao Estado a “defesa do consumidor”, a Constituição determina igualmente ao Estado, segundo pode sustentar-se, a promoção, na forma da lei, dos interesses dos sujeitos consumidores. O Estado-Promotor – na medida em que tem de dar causa, desenvolver e fazer

ordem econômica é um problema de justiça distributiva. Assim, o art. 170 diz que a finalidade da ordem econômica é promover uma existência digna para todos, segundo princípios da justiça social tendo por princípio a defesa dos consumidores (inc. V) e a redução das desigualdades sociais e regionais (inc. VII).

Em suma, o mercado não é um sistema de distribuição eficiente por si só. Embora tenha uma eficiência alocativa, a dinâmica do capital não produz distribuição que incorpore a todos. “O direito do consumidor, portanto, é um elemento determinador de justiça social e existência digna e para isto deve ser usado”²⁰⁰.

executar políticas públicas – o Estado Promotor é um Estado-Devedor. (TOMASETTI JR., Alcides. *A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC*. p. 28-29).

²⁰⁰ LIMA LOPES, J. R. *Op. cit.*, p. 67.

CONCLUSÃO

O trabalho versou sobre os aspectos relevantes dos contratos de consumo, sem pretensão de esgotar as novidades que foram introduzidas pelo CDC. O traço marcante desse ramo do Direito é a tutela específica por conta do desequilíbrio de forças dos contratantes.

A relevância do tema reside no fato de o consumo ser comum a todos, pobres e ricos, fortes e fracos, instruídos e ignorantes, moradores das cidades e dos campos, consumidores de produtos de bens de primeira necessidade e consumidores de bens luxuosos.

O surgimento da sociedade de consumo é consequência da passagem de uma economia agrária para o sistema capitalista e industrial. O abandono do modelo de subsistência foi determinante, tendo em vista que os grupos familiares - auto-suficientes em diversos itens - passaram a buscar no mercado aquilo que o salário permitia comprar.

O trabalho monográfico, primeiramente, definiu a relação de consumo. Para tanto, apropriou-se dos conceitos de consumidor e fornecedor. Na definição legal de consumidor, a característica distintiva do agente é a aquisição do bem como destinatário final. Não obstante as diversas teorias que procuram dar sentido à expressão “destinatário final”, seja de maneira restritiva com a teoria finalista, seja de maneira ampliada com a teoria maximalista, parece mais adequado considerar consumidor como o não-profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Contudo, há possibilidade de mitigação da regra em casos específicos, pois se trata de sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencher as qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico.

O princípio da fraqueza manifesta do consumidor no mercado levou à consideração da vulnerabilidade, em seus diferentes aspectos: técnico, jurídico, fático e informacional. A vulnerabilidade não é o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, mas consiste na justificação das regras e da atuação do legislador.

A condição de fornecedor está intimamente ligada à atividade de cada um e desde que disponibilizem o resultado desta efetivamente no mercado.

A relação de consumo nasce quando da estrita caracterização dos seus elementos. Assim, os pólos da relação devem ser ocupados por quem se enquadra na definição de consumidor e fornecedor. Ademais, o objeto da relação consumerista será um produto ou serviço, disponíveis no mercado. O fato jurídico é a aquisição ou utilização como destinatário final. Por fim, a garantia será conferida pela proteção especial do Código de Defesa do Consumidor.

Os princípios que, outrora, constituíram a base da teoria contratual foram cedendo espaço a novos princípios e valores. O Código de Defesa do Consumidor inaugura uma nova era da teoria obrigacional ao dar relevo ao princípio da boa-fé objetiva, confiança e transparência.

Nessa perspectiva, as relações de consumo são iluminadas pela nova teoria contratual, que por sua vez, visa concretizar a função social dos contratos, tutelando, inclusive, os deveres anexos de informação, de cooperação e de lealdade. Assim, a determinação do conteúdo dos contratos não se subsume unicamente à vontade subjetiva das partes, a qual é também materializada pelas imposições dos princípios orientadores.

A função social dos contratos - como consequência lógica do desenvolvimento dessa nova racionalidade - requer um tratamento diferenciado, que respeite os interesses sociais, sem abstrair a consideração à pessoa. Por meio dela, abre-se um leque interpretativo que vislumbra um direito mais justo, mais equânime, possibilitando a realização da justiça distributiva, tão desejada numa nação de desigualdades sociais.

O Código de Defesa do Consumidor tem como fim reequilibrar as relações de consumo, por meio da imposição desses novos deveres ao fornecedor e assegurando direitos para o consumidor.

Avaliando os novos pressupostos, da consideração da boa-fé objetiva, espera-se uma conduta leal, íntegra, dotada de probidade, segundo as circunstâncias concretas do caso. Já a confiança constitui referencial de toda ordem jurídica e é uma necessidade, na medida em que as relações se tornam distantes e impessoalizadas. Somado a esses, tem-se o princípio da transparência, como uma nova pré-condição para que o consumidor possa manifestar livremente sua vontade e realizar suas expectativas legítimas.

Como reflexo direto do princípio da transparência, tem-se o novo dever de informar, seja através da oferta, seja através da redação clara do texto do contrato. À nova noção de oferta está implícita um efeito de vinculabilidade, para proteger a segurança dos negócios. O dever de informar é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores e implica explicar adequadamente as cláusulas contratuais, o preço, o uso do objeto e seus efeitos.

O direito fez opção pela proteção do consumidor, a partir da consideração de que se trata da parte contratual mais débil. Assim, o conteúdo do contrato a ser interpretado não é somente aquele posto em cláusulas pré-redigidas unilateralmente pelo fornecedor, mas todo o contexto anterior da oferta. É durante o exercício de interpretação, conforme a boa-fé, que o magistrado irá identificar os limites à liberdade contratual. É nesse específico momento que se observa quais cláusulas ferem a boa-fé, quais abusivas ou que violam o Direito e que por isso não poderão ser consideradas. Aqui, insere-se o direito básico de proteção contra cláusulas abusivas.

A sociedade mudou, tanto do ponto de vista social como do econômico e, conseqüentemente, do jurídico. É preciso que o Direito não fique alheio a essa mudança, aguardando estático que a realidade social e econômica de hoje se adapte aos institutos que herdamos dos romanos.

Atento a essa nova realidade, o Código de Defesa do Consumidor tem o propósito de instituir uma mudança de mentalidade, no que respeita às relações de consumo, que tem de ser implementada por todos aqueles que se encontram envolvidos nessas relações, notadamente o fornecedor e o consumidor, sem esquecer dos operadores do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

ANDRADE, Manoel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica: sujeito e objecto**. V.1, Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10.01.02. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código do Consumidor**. Lei 8.078 de 11.09.90. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5.10.1988. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 3. vol., 7. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das relações de consumo**. 2. ed., 4. tiragem, Curitiba: Editora Juruá, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Proteção do consumidor na era da globalização**. Revista de Direito do Consumidor, n. 41, Ano 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Publicação oficial do Brasilcon (Instituto Brasileiro de política e direito do consumidor), janeiro-março de 2002, p. 81 a 95.

FERREIRA, Daniela Moura. **O contrato de consumo: e os princípios informadores no novo Código Civil**. Revista de Direito do Consumidor, n. 49. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. Janeiro-março de 2004. p.177-193.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; JUNIOR, Nelson Nery; DENARI, Zenari. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claude. **Arte Jurídica**. v. II. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O aspecto distributivo do direito do consumidor**. Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro, n. 123, Ano XL. São Paulo: Malheiros Editores, julho-setembro de 2001.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, J. **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro: do inadimplemento das obrigações**. v. V, tomo II (arts. 389 a 420). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

_____. O novo Código civil brasileiro: em busca da ética da situação. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno** (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional), vol. II, Curitiba: Editora Juruá. 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JR., Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina. 1988.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **As cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, n. 33. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, Janeiro-março de 2000, p. 161-181.

TOMASETTI JR., Alcides. **A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC**. Revista de direito do consumidor, n. 14. abril - junho de 1995, p. 28-32.